Serie CEDPAL

Ambos/Böhm/Zuluaga (eds.)

Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania

Segunda y Tercera Escuela de Verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana

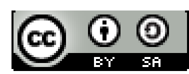


Göttingen University Press



Kai Ambos/María Laura Böhm/John Zuluaga (eds.)
Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-ShareAlike 4.0 International License.



Published as Volume 1 of the series "Serie CEDPAL"
by Göttingen University Press 2016

Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania

Segunda y Tercera Escuela de Verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana

Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL)

Georg-August-Universität Göttingen

Editores

Kai Ambos
María Laura Böhm
John Zuluaga

Serie CEDPAL
Volumen 1





Göttingen University Press
2016

Bibliographic information published by the Deutsche Nationalbibliothek

The Deutsche Nationalbibliothek lists this publication in the Deutsche Nationalbibliografie; detailed bibliographic data are available on the Internet at http://dnb.dnb.de

Address of the Serie CEDPAL Editor

RiLG Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos
E-Mail: cedpal@uni-goettingen.de
http://www.cedpal.uni-goettingen.de/

This work is protected by German Intellectual Property Right Law.
It is also available as an Open Access version through the publisher's homepage and the Göttingen University Catalogue (GUK) at the Göttingen State and University Library (http://www.sub.uni-goettingen.de).
The license terms of the online version apply.

Set and layout: John Zuluaga
Cover design: Margo Bargheer
Cover picture: Daniel Schwen: Great Hall (Aula) of Göttingen University, Wilhelmsplatz, Göttingen, Germany. Wikimedia commons.

© 2016 Göttingen University Press
http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-255-6
ISSN: 2366-7788

Contenido

Presentación

El Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) es una entidad autónoma del Instituto de Ciencias Criminales de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Göttingen y parte integrante del Departamento para Derecho Penal Extranjero e Internacional. Fue fundado por la resolución del Rectorado de la Universidad de fecha 10 de diciembre de 2013 con base en la decisión del Consejo de la Facultad de Derecho de fecha 6 de noviembre de 2013. Su objetivo es promover la investigación en ciencias penales y criminológicas en América Latina y fomentar, a través de diferentes modalidades de oferta académica, la enseñanza y capacitación en estas áreas. El Centro está integrado por una Dirección, una Secretaría Ejecutiva y un Consejo Científico, así como por investigadores adscritos y externos (más información en www.cedpal.uni-goettingen.de).

Una de las actividades principales del Centro es el desarrollo de la Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática penal alemana, la cual tiene por fin poner al alcance de estudiantes, investigadores, profesores y prácticos de las ciencias criminales un curso compacto sobre derecho penal alemán, europeo e internacional, como también otras materias afines, dictado en lengua castellana y portuguesa por profesores y docentes de distintas universidades alemanas. Se trata de un evento sin antecedentes en las universidades de lengua alemana (incluidas las pertenecientes a Austria y Suiza), donde participan renombrados profesores y prácticos alemanes, quienes por medio de clases magistrales y el trabajo en módulos de estudio abordaron de manera rigurosa y extensa asuntos centrales de

las ciencias criminales en Alemania y del derecho penal europeo e internacional. En este libro presentamos los trabajos más importantes de la segunda y tercera escuela de verano, realizadas en el año 2013 y 2015 respectivamente.

Agradecemos a todos los que han hecho posible la realización de las respectivas escuelas de verano. Tanto a sus asistentes, provenientes de 14 países latinoamericanos, como a los miembros del CEDPAL que se han comprometido con la organización y ejecución de cada uno de los eventos. Especial mención merecen María Laura Böhm, Anett Müller, Eneas Romero, John Zuluaga, Diego Tarapués y Gustavo Urquizo. Asimismo, agradecemos el valioso apoyo durante la realización del evento prestado por Lara Barretto Ambos, Noelia Núñez, Gustavo Cote y Sebastian Landivar. Por último a los autores de los trabajos que componen el libro Boris Burghardt, Christoph Burchard, Claus Roxin, Cornelius Prittwitz, Fritz Sack, Gerhard Werle, Günther Jakobs, Hans-Jörg Albrecht, Helmut Satzger, John Zuluaga, Kai Ambos, Luís Greco, María Laura Böhm, Sebastian Scheerer, Thomas Duve, Uwe Murmann y Wolfgang Frisch.

Kai Ambos - Ezequiel Malarino
Director General - Director Académico
Göttingen – Buenos Aires, enero de 2016

Introducción

Animados por la excelente recepción que tuvo el libro compilador de trabajos de los docentes de la *Primera Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana* de 2011, tanto en su versión en castellano (editada por Temis en 2012) como en su versión en portugués (editada por Gazeta Jurídica en 2013), nos honra y alegra poder presentar por segunda vez una obra colectiva de esta características. Se trata en esta oportunidad de textos cuya autoría pertenece a quienes han ofrecido módulos temáticos o clases magistrales en la *Segunda* y en la *Tercera Escuela de Verano*, de 2013 y 2015, respectivamente.

En esta oportunidad hemos dado un orden distinto a los trabajos y los hemos agrupado de acuerdo a dos únicas categorías: aquella en que se ubican textos escritos desde la teoría, normativa y jurisprudencia alemanas, y dedicados específicamente a problemáticas de este contexto; y aquella otra categoría en que las ciencias criminales si bien son trabajadas desde el contexto alemán tiene por objeto las interrelaciones culturales e internacionales de la actualidad y el diálogo entre distintas tradiciones jurídico-penales. Entendemos que esta división refleja en forma más certera el espíritu de la Escuela de Verano, pensadas tanto para difundir el estado actual de las ciencias criminales alemanas, como para construir un puente de intercambio y apertura. En la primera parte, a la que llamamos *Ciencias criminales en y desde Alemania*, se presentan reflexiones sobre el lugar de la ciencia alemana y sus posibilidades de apertura a otras culturas jurídicas (*Kai Ambos*) y se encuentran textos dogmáticos (*Günther Jakobs, Claus Roxin)*, de derecho procesal penal (*Wolfgang Frisch*), así como sobre la interrelación entre derecho penal y Constitución

(*Christoph Burchard, Uwe Murmann*), y sobre ámbitos especiales como el derecho penal económico (*Cornelius Prittwitz, Klaus Volk*) o los delitos de propia mano (*Helmut Satzger*). En la segunda parte, titulada *Ciencias criminales: diálogos entre Alemania y el resto del mundo*, se ofrecen estudios sobre la influencia de la dogmática alemana tanto en Argentina (*Thomas Duve*) como en el ámbito del derecho penal internacional (*Gerhard Werle/Boris Burghardt*), también se analizan las interrelaciones culturales y sus dificultades en los campos específicos de la inmigración (*Hans-Jörg Albrecht*), el terrorismo (*Sebastian Scheerer*) y los asesinatos por honor (*Luís Greco*), y se plantean asimismo perspectivas críticas sobre la relación entre sistema penal y economía (*Fritz Sack*) y sobre el concepto y uso de la securitización como herramienta de política criminal (*María Laura Böhm*).

Nuevamente se presenta una combinación de obras inéditas y de obras ya publicadas con anterioridad en medios de distintos países. La diversidad de contenidos se ve enriquecida a su vez por los distintos registros discursivos, ya que en algunos casos se trata de textos de alto contenido teórico, mientras que en otros se presenta una concreta descripción práctica; por otra parte, algunos de los textos presentan formato de artículos escritos desde el inicio para su publicación, y otros reproducen textos presentados para su profundización y discusión en las clases magistrales de la Escuela de Verano. También el amplio rango etario de los docentes –aquí autores– contribuyen a la particularidad de las clases presenciadas por los asistentes y a la de esta obra colectiva, ya que se encuentran sus carreras en algunos casos en las primeras etapas de la trayectoria académica, en otros se trata de catedráticos regulares ya establecidos, e incluso en algunos casos, son profesores eméritos de largas décadas de trayectoria. La diversidad es por lo tanto una de las características de esta obra, cuyo principal mérito consiste a nuestro entender en la reunión en idioma castellano de reflexiones e información de máxima actualidad respecto de las discusiones, normativas y prácticas que tienen lugar en el ámbito jurídico-penal y criminológico alemán. También en esta oportunidad hemos respetado el registro original de los autores en lo casos en que sus trabajos fueron presentados directamente en español, es decir, cuando no se trata de traducciones. La originalidad de las ideas tuvo prioridad frente al purismo idiomático.

Son de destacar, finalmente, dos breves homenajes: el que *John Zuluaga* rinde al gran profesor Winfried Hassemer, quien debido a su avanzada enfermedad ya no pudo participar de la Segunda Escuela de Verano como estaba previsto; y la necrología personal que *Kai Ambos* dedica al profesor Horst Schüler-Springorum, fallecido en septiembre de 2015.

En nuestra condición de Director de las *Escuelas de Verano*, y de Coordinadores respectivamente de la S*egunda* y de la *Tercera Escuela de Verano* y de esta obra, volvemos a confiar en que este sea un aporte a la difusión de las ciencias criminales alemanas, y un nuevo puente para su intercambio, reflexión y discusión con el público académico hispano- y lusoparlantes.

Kai Ambos/María Laura Böhm/John Zuluaga
Göttingen, Buenos Aires, enero de 2016

Lista de Siglas y Abreviaturas

AA.VV.	Autores Varios
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Add	Addendum
AFJS	Anuario de filosofía Jurídica y Social (revista Chile)
alt.	Alternativa
AmJComJ	American Journal of Comparative Law (revista EE.UU.)
Am. U. Int'l L. Rev.	American University International Law Review (revista EE.UU.)
aprob.	aprobatoriamente, aprobando, de modo aprobatorio
art., arts.	artículo, artículos
AT	Allgemeiner Teil (parte general)
AZ	Aktenzeichen (número de referencia)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunal Supremo del Land de Baviera)
BG	Bundesgericht (Tribunal Supremo Federal suizo)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
BGBl.	Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial Federal alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo Federal alemán)
bibl.	Bibliografía
BKA	Oficina Federal de Investigación Criminal (Alemania)
BMJ	Bundesministerium der Justiz (Ministerio de Justicia Federal alemán)
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache (Boletín de la Cámara de los Länder)

BT	Bundestag (Parlamento alemán)
BtMG	Betäubungsmittelgesetz (Ley de Estupefacientes)
BT-Sitzung	Sesión plenaria del *Bundestag* (parlamento federal alemán)
BverfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)
c.	contre
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
cap.	Capítulo
Cass. Pen.	Cassatione Penale (revista Italia)
C.A.S.E.	Critical Approaches to Security in Europe (colectivo de estudios críticos)
Colum. J. Transnat'l L	Columbia Journal of Transnational Law (revista EE.UU.)
CDI	Comisión de Derecho Internacional de la ONU (citada también por ILC)
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
Cfr.	confróntese
CG	Convención/ones de Ginebra de 1949
CIJ	Corte Internacional de Justicia (citada también como ICJ)
cit.	citado
Comp.	Compilador(a)
Coord.	Coordinador(a)
COPRI	Copenhagen Peace Research Institut
CP	Código Penal
CPI	Corte Penal Internacional (citado también como ICC)
crít.	crítico, críticamente
DDR	Deutsche Demokratische Republik (República Democrática Alemana)
Dept.	Department
Dir.	Director
DJT-Gutachten	Deutscher Juristentag-Gutachten (Jornadas de los Juristas Alemanes - Dictámenes)
D/doc.	document(o)
d.p.i.	derecho penal internacional
DSDC	Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados (Argentina)
DSCS	Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores (Argentina)
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
ECIJ	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma)
ed.	editor/edición
eds.	editores

Estados Unidos	Estados Unidos de Norteamérica (citado también como EE.UU., US o U.S.)
EG	Europäische Gemeinschaft (Comunidad Europea)
EJIL	European Journal of International Law (revista internacional)
et al.	*et altera* (latín: 'y otros')
etc.	Etcétera
et. seq.	*et sequens* o *et sequential* (latín ´y siguientes´)
EU	Europäische Union (Unión Europea)
EUCRL	European Criminal Law Review (revista europea)
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (revista Alemania)
Eur.J.Crime Cr.L.Cr.J	European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice (revista europea)
FAZ	Frankfurter Allgemeiner Zeitung (periódico Alemania)
FG	Festgabe (libro homenaje)
FNI	Front des Nationalistes et Intégrationnistes
FRPI	Forces de Résistance Patriotique d'Ituri
FS	Festschrift (libro homenaje)
GA	General Assembly y Goltdammer's Archiv für Strafrecht (revista Alemania)
GG	Grundgesetz (Ley Fundamental alemana)
GLIPGö	Grupo Latinoamericano de Investigación Penal Göttingen
GoJIL	Goettingen Journal of International Law (revista Alemania)
GS	Gedächtnisschrift (libro en memoria)
HarvILJ	Harvard International Law Journal (revista Estados Unidos)
Hrsg.	Herausgeber (= Editor)
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafsachen o Online-zeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (revista electrónica Alemania)
HRW	Human Rights Watch
HRW/A	Human Rights Watch/Americas
HuV	Humanitäres Völkerrecht (revista Alemania)
ICC	International Criminal Court (citado también como CPI)
ICJ	International Court of Justice (citado también como CIJ)
ICLR	International Criminal Law Review (revista internacional)
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda (=TPIR)
ICTY	International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
ILC	International Law Comission (citado también por CDI)
Isr. L. Rev.	Israel Law Review (revista Israel)
JA	Juristische Arbeitsblätter (revista Alemania)
Jb	Jahrbuch (anuario)

JbLA	Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft, und Gesellschaft Lateinamerikas – Anuario de Historia de America Latina
jce	joint criminal enterprise
JICJ	Journal of International Criminal Justice (revista internacional)
JR	Juristische Rundschau (revista Alemania)
Jura	Juristische Ausbildung (revista Alemania)
JuS	Juristische Schulung (revista Alemania)
JZ	Juristen Zeitung (revista Alemania)
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie (revista Alemania)
LJIL	Leiden Journal of International Law (revista Internacional)
LG	Landgericht (Tribunal del Land [estado])
LK-[autor]	Leipziger Kommentar (citado en la Bibliografía bajo *Jescheck* y otros)
loc. cit.	*locus citatus* (latín: 'lugar citado')
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Revista Alemania) y Mouvement Démocratique Républicain
Müko-[autor]	Münchner Kommentar, Strafgesetzbuch
MschrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (revista Alemania)
N. del T.	Nota del traductor
NGO	Non Governmental Organisation/s (citado también como ONG)
NJ	Neue Justiz (revista Alemania)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (revista Alemania)
NK	Nomos Kommentar y Neue Kriminalpolitik (revista Alemania)
nm.	número/s marginal/es
nro.	número
nros.	Números
NS	Nazionalsozialismus (nacional-socialismo)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista Alemania)
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report (revista Alemania)
OEA	Organización de Estados Americanos
OGH	Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo)
OGHst.	Entscheidungen des Obersten Gerichtshof in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo)
OLG	Oberlandesgerischt (Tribunal Superior del Land)
ONU	Organización de Naciones Unidas (citado también como

	UN)
ONG	Organización no gubernamental
OwiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley de contravenciones administrativas)
p./pág.	página/s
parág.	parágrafo/s
PIDCP	Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos (1966)
por ej.	por ejemplo
RACP	Revista Argentina de Ciencias Políticas (revista Argentina)
Res.	Resolution
RFA	República Federal de Alemania
RG	Reichtsgericht (Tribunal Supremo del Reich [imperio])
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo del Reich [imperio])
RHD	Revista de Historia del Derecho (revista Argentina)
RHDRL	Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene (revista Argentina)
RIDP	Revue Internationale de Droit Pénal (revista Francia)
RP	Revista Penal (revista España)
RW	Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung (revista Alemania)
s., ss.	siguiente, siguientes
SchwZstr	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht (revista Suiza)
scil.	*scilicet* (latín: 'es decir', 'se refiere a')
SK-[redactor]	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (citado en la Bibliografía bajo *Rudolphi* y otros)
Sect.	Section
sic	*sicut* (latín: 'textualmente')
SICTR	Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda
SICTY	Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia
Slg.	Sammlung (colección, antología)
S/Res.	Security Council Resolution
S/S-[autor]	Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts (ley para la reforma del derecho penal)
StPO	Strafprozessordnung (Código Procesal Penal alemán)
StV	Strafverteidiger (revista Alemania)
TCFA	Tribunal Constitucional Federal alemán (Bundesverfassungsgericht)

TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
t.	tomo
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda (=ICTR)
TransLCP	Transnational Law & Contemporary Problems (revista Estados Unidos)
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (=ICTY)
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UN	United Nations (citado también como ONU)
US o U.S.	United States (citado también como Estados Unidos, EE.UU.)
v.	versus
vers. al.	versión alemana (referencia a la obra original)
vol.	volumen
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch (Código penal internacional alemán)
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht (revista Alemania)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (revista Alemania)
ZIS	Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (revista Alemania)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium (revista Alemania)
ZNR	Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte (revista Alemania)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (revista Alemania)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista Alemania)
ZvglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (revista Alemania)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (revista Alemania)

PARTE I
Ciencias criminales en y desde Alemania

I. Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso*

Kai Ambos

Resumen: La ciencia jurídico penal alemana se encuentra ante una encrucijada: o se abre a la internacionalización y europeización o se mantiene anclada en un "provincianismo presuntuoso" [*"selbstbewusster Provinzialität"*].[1] Con Joachim Vogel falleció demasiado pronto uno de los representantes probablemente más influyentes de una nueva generación de profesores alemanes de Derecho Penal, la

---

* Traducción del alemán por Gustavo Emilio Cote Barco, LL.M. y doctorando de la Georg-August-Universität Göttingen (Alemania). Nota del traductor: las citas textuales en alemán han sido traducidas al español y su versión original se encuentra entre corchetes; por el contrario, las citas textuales en inglés no han sido traducidas debido a razones de espacio. Versión original publicada en la obra homenaje al Profesor Joachim Vogel: "Die Verfassung moderner Strafrechtspflege" (Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (eds.), Nomos 2016) con el título "Zur Zukunft der deutschen Strafrechtswissenschaft: Offenheit und diskursive Methodik statt selbstbewusster Provinzialität". El adjetivo "selbstbewusst" puede ser traducido al español de una manera más literal como "auto-consciente" o "seguro de sí mismo". Sin embargo, la expresión "presuntuoso" refleja mejor la actitud negativa que en ocasiones se asume en Alemania frente a corrientes e influencias extranjeras, lo cual es justamente lo que el autor quiere cuestionar.

[1] FLETCHER, George. Die deutsche Strafrechtswissenschaft im Spiegel der Rechtsvergleichung. En: ESER, Albin/HASSEMER, Winfried/BURKHARDT, Björn (ed.). Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende: Rückbesinnung und Ausblick. München: C.H. Beck, 2000, p. 235 (239). De forma similar DONINI, Massimo. *Strafrechtstheorie und Strafrechtsreform: Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik in Italien und Europa*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2006, p. 3, 5 ("provincianismo nacionalista" ["nationalistischer Provinzialismus"] haciendo referencia entre otros a Alemania).

cual abogó desde muy temprano por dicha apertura, precisamente con miras hacia una verdadera ciencia jurídico penal internacionalizada y europeizada. Vogel cuestionó[2] con razón las tendencias dominantes en Alemania, "caracterizadas por la sobre-estimación, obstinación y negación en contra de las corrientes internacionales y europeas".[3] Asimismo, reclamó la apertura metodológica y sustancial de esta disciplina, al igual que la democratización del discurso jurídico penal. En esta corta contribución en su memoria serán recordadas las ideas más importantes de Joachim con relación a este debate; también se intentará fortalecerlas y ampliarlas parcialmente. Para esto procederé en tres pasos: en primer lugar serán presentados algunos hallazgos, posteriormente se señalarán sus razones y finalmente se propondrán algunos cambios que se consideran necesarios.

Palabras clave: Ciencia jurídico penal, dogmática alemana y extranjera, Derecho Penal comparado, criminología empírica, política criminal, Derecho Penal Internacional, europeización, internacionalización.

A. Hallazgos

Cualquier observador experimentado puede constatar fácilmente, que la ciencia jurídico penal alemana ha perdido en las últimas décadas relevancia a nivel internacional prácticamente en todos los niveles.[4] Si bien aún conserva su influencia sobre varios Estados pertenecientes a la tradición europea continental,[5] se trata por lo general de sistemas con una estructura similar a la alemana, caracterizados también por un modelo discursivo aristócrata y poco democrático, justamente en el sentido expuesto por Donini cuando se refiere a la "aristocracia

---

[2] VOGEL, Joachim. Strafrecht und Strafrechtswissenschaft im internationalen und europäischen Rechtsraum. *JZ* [en línea]. 1, 2012, p. 25.

[3] ["Überschätzungs-, Beharrungs- und Verweigerungstendenzen gegenüber internationalen und europäischen Impulsen"]

[4] En general sobre la pérdida de influencia de la ciencia jurídico penal alemana en Europa ver LEPSIUS, Oliver. "Problemzugänge und Denktraditionen im öffentlichen Recht". En: HILGENDORF, Eric/SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (ed.). Selbstreflexion der Rechtswissenschaft. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015, p. 87. Más optimista sobre la importancia en términos generales de la dogmática jurídica alemana JAREBORG, Nils. "Legal dogmatics and the Concept of Science". En: FREUND, Georg/MURMANN, Uwe/BLOY, Rene/PERRON, Walter (ed.). Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Berlin: Duncker & Humblot, 2013, p. 54 („German legal dogmatics" … still plays the dominating rule" en Europa). Muy europeo y probablemente solo con relación al Derecho Penal material HILGENDORF, Eric/SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. "Rechtswissenschaft im Prozess der Selbstreflexion". En: HILGENDORF, Eric/SCHULZE-FIELITZ, Helmuth (ed.). *Op. cit.* p. 2 ("Validez mundial … indiscutida" ["Weltgeltung … unumstritten"], "exportador exitoso" ["Exportschlager"]).

[5] Dicha influencia se da sobre todo con relación al Derecho Penal material y comprende desde el punto de vista geográfico Europa continental (en especial Portugal, España, los países de Europa oriental y de los Balcanes) América Latina y parte de Asia (China, Japón, Corea y Turquía).

penal" en lugar de "democracia penal".[6] Estos sistemas ostentan –dicho enfáticamente– un discurso teórico a veces incluso autoritario, que poco se esfuerza por ser comprensible, dado que está convencido de la corrección científica (y en ocasiones de la superioridad cultural)[7] de sus posiciones dogmáticas; esto ciertamente al margen de su falta de legitimación democrática y de un concepto de dogmática que no ha sido definido completamente.[8] Además, la relación de Alemania con estos sistemas jurídicos se limita a la exportación en una sola dirección de teorías y categorías dogmáticas, sin tomar en consideración las condiciones dadas en dichos lugares y sin que haya, según el caso, ninguna adaptación a dichos contextos. Tal y como expuso Vogel, incluso en su ámbito de influencia original la ciencia jurídico penal alemana ha estado más interesada "en la exportación del Derecho Penal, es decir, en la difusión del pensamiento penal alemán en el extranjero y en gremios europeos e internacionales, que en aprender del Derecho Penal extranjero, europeo o internacional y en cierto modo llevar a cabo algún tipo de importación del Derecho…".[9] Más allá de estos ordenamientos jurídicos que mantienen una actitud favorable frente a Alemania, el Derecho Penal alemán es ampliamente ignorado en el exterior y a nivel supranacional. Sin embargo, es importante diferenciar entre las diferentes áreas que componen la ciencia general jurídico penal.

---

[6] DONINI, *supra* nota 1, p. 7 ss., en donde enuncian las exigencias de la "aristocracia jurídico penal" [„Strafrechtsaristokratie"] y las analiza críticamente; más adelante se hará referencia nuevamente a esta posición. Ver también DONINI, Massimo. *IL volto attuale dell'illecito penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2004, p. 281 ss. Sobre Donini ver VOGEL, Joachim. Europäische Kriminalpolitik – europäische Strafrechtsdogmatik. *GA* 2002, p. 517 (534); VOGEL, *supra* nota 2, p. 27. De manera similar STUCKENBERG, Carl-Friedrich. Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. *GA* 2011, p. 653 (658) ("distanciamiento apabullante que la discusión jurídico penal tradicional, en especial la teoría del bien jurídico, tiene de la democracia" ["verstörende Demokratieferne der traditionellen strafrechtswissenschaftlichen Diskussion, namentlich der Rechtsgutslehre"]).

[7] Ver SCHÜNEMANN, Bernd. Vom schwindenden Beruf der Rechtswissenschaft unserer Zeit, speziell der Strafrechtswissenschaft. En: HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ (ed.), *supra* nota 4, p. 241 ("modelo fuera de circulación a pesar de la superioridad cultural" ["Auslaufmodell trotz kultureller Überlegenheit"]).

[8] Fundamental desde la perspectiva de la ciencia jurídica general ver ROTTLEUTHNER, Hubert. "Methodologie und Organisation der Rechtswissenschaft". En: HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ (ed.), *supra* nota 4, p. 212-215, en donde se alude al problema de la falta de diferenciación entre teoría (dogmática) y objeto (Derecho vigente). Sobre "dogmática" ver más adelante notas al pie 42 y 100, así como el texto principal.

[9] ["an einem 'Strafrechtsexport' interessiert…, also daran, deutsches Strafrechtsdenken im Ausland bzw. in europäischen und internationalen Gremien zu verbreiten, als daran, vom ausländischen, europäischen oder internationalen Strafrecht zu lernen und gleichsam einen 'Strafrechtsimport' zu betreiben…"] VOGEL, *supra* nota 2, p. 27. Al respecto de manera crítica DONINI, *supra* nota 1, p. 29. Crítico, por ejemplo, sobre la recepción unilateral del Derecho Penal alemán en Japón YAMANAKA, Keiichi, *Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft*. Berlin: De Gruyter, 2012, p. X. De acuerdo con esto DUTTGE, Gunnar/ERLER, Johanna/TADAKI, Makoto. Aktuelle Entwicklungslinien des japanischen Strafrechts im 21. Jahrhundert. ZStW [en línea]. Band 127, Heft 1, p. 225 (226) ("vía en un solo sentido" ["Einbahnstraße"]).

Con relación a la teoría general o parte general del Derecho Penal se puede decir, que el concepto de delito construido de manera deductiva y anclado en un alto nivel de abstracción, así como sus formas particulares (entre otros el concepto final de acción con la consecuente separación entre un concepto psicológico de dolo y la culpabilidad en sentido normativo, la distinción entre justificación y exculpación, así como el concepto de bien jurídico como factor de legitimación del Derecho Penal) son en su mayor parte ignorados. Incluso algunos intentos propios por hacer accesibles en el ámbito del *common law* el desarrollo de la teoría del delito alemana, así como sus fundamentos teóricos, no han cambiado nada con relación a dicha situación.[10] La dogmática penal alemana ha tenido éxito a nivel internacional solamente con la teoría del dominio del hecho, propuesta por Claus Roxin, uno de sus principales exponentes. Hasta el momento esta teoría, incluso en su variante de autoría por domino de la organización, no solamente ha sido reconocida en los sistemas influenciados por Alemania,[11] sino también por la Corte Penal Internacional (CPI), en donde ha sido aprobada por la Cámara de Apelaciones.[12]

Respecto a la parte especial del Derecho Penal, internacionalmente se procede de una manera menos sistemática y con mayor énfasis en la solución de problemas. De hecho, la penalización de formas específicas de comportamiento se realiza de acuerdo con las necesidades político criminales que son percibidas en cada momento. Esto es especialmente claro en el desarrollo del Derecho Penal europeo, en donde según el art. 83 del TFUE el Consejo y el Parlamento europeos son competentes para establecer mediante directivas, "normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza".[13] Joachim Vogel se refirió con anticipación a esta forma de proceder como "primacía del pensamiento-problema sobre el pensamiento-sistema".[14] Desde este punto de

---

[10] Ver AMBOS, Kai. Toward a Universal System of Crime. *Cardozo Law Review* [en línea]. Vol. 28:6, May 2007, p. 2647-2673 (presentación de los méritos del pensamiento sistemático frente a enfoques casuísticos y del concepto de delito postfinalista y sus fundamentos teóricos).

[11] En este sentido se debe mencionar especialmente la sentencia de la Corte Suprema del Perú en contra del expresidente Alberto Fujimori. Ver Corte Suprema de Justicia (CSJ), Sala Penal Especial, sentencia del 07.04.2009, exp. no. AV 19-2001 (casos Barrios Altos, La Cantuta, Sótanos SIE); confirmada por CSJ, Primera Sala Penal Transitoria, sentencia 30.12.2009, exp. no. AV 19-2001. Para una traducción al inglés de la decisión ver *Am. U. Int'l L. Rev.* [en línea]. 25, 2010, p. 657 ss. Para una traducción parcial al alemán ver AMBOS, Kai/HUBER, Florian. *ZIS* [en línea]. 11, 2009, p. 622 ss., con comentarios de *Ambos, Roxin, Schroeder, Jakobs, Herzberg, Caro, García, Meini, Pariona* y *von der Wilt ZIS* 2009, 552 ss.

[12] ICC, *Prosecutor v. Lubanga,* No. ICC-01/04-01/06-3121-Red, Judgment, AC, 1 December 2014, paras. 449, 471, 473; con más detalle AMBOS, Kai. "Article 25. Individual criminal responsability". En: TRIFFTERER, Otto/AMBOS, Kai (ed.). Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Third edition. München: C.H. Beck, 2015, Rn. 10, 12-15.

[13] Ver con más detalle AMBOS, Kai. *Internationales Strafrecht*. 4. Aufl. München: C.H. Beck, 2014, p. 555 ss.

[14] ["Vorrang des Problemdenkens vor dem Systemdenken"] VOGEL, *supra* nota 6, p. 522 ss.

vista, lo que resulta realmente decisivo es si la codificación de un ámbito específico de criminalidad es considerada necesaria, con lo cual las objeciones de índole sistemáticas o teóricas dan un paso atrás.[15] A nivel de tratados internacionales esto corresponde a la obligación de codificar los denominados "*treaty crimes*",[16] cuya acogida en Alemania en no pocas ocasiones es rechazada. Probablemente el ejemplo más importante en este sentido es la criminalización de la tortura como tipo penal autónomo,[17] exigencia que se deriva de la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y que sin embargo no ha sido cumplido por Alemania. En este país se ha aceptado, desconociendo el significado simbólico que podría tener dicho tipo penal, que la sanción de la tortura mediante los tipos penales de lesiones personales cualificadas es suficiente.[18] Más allá de este ejemplo, en general es posible afirmar que la pérdida de importancia del Código Penal alemán puede deberse también, tal y como fue señalado por Vogel, a la falta de una reforma fundamental del mismo.[19]

En el campo procesal el entendimiento instrumental del Derecho Penal difundido a nivel internacional se manifiesta en la ampliación y profundización de medidas coercitivas. Con esto, y especialmente debido al principio de reconocimiento recíproco, en el contexto europeo se ha logrado, por decirlo de alguna manera "por la puerta de atrás", cierto grado de unificación procedimental. En este sentido se debe mencionar, como precursor y *pars pro toto*, sobre todo la orden europea de detención y entrega, cuyo ámbito de aplicación se extiende a una lista de más de

[15] También el Ministro Federal de Justicia MAAS, Heiko. Wann darf der Staat strafen?. *NStZ* [en línea]. Heft 3, 2015, p. 309 (haciendo referencia a Vogel).

[16] Ver AMBOS, Kai. *Treatise on International Criminal Law Vol. II.* Oxford: Oxford Univ. Press, 2014, p. 222 ss. Al respecto también VOGEL, *supra* nota 2, p. 26.

[17] Ver artículos 2.1 y 4 .1 Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes.

[18] Ver "Dritter Bericht der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 19 des Übereinkommens vom 10.12.1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe". Disponible en: <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/CAT/cat_state_report_germany_3_2002_de.pdf> (fecha de consulta: 27.01.2016), párrafo 17 ("En el Derecho Penal alemán no hay un tipo penal especial de tortura. Sin embargo, éste no es necesario, ya que todas las formas de comportamiento que según el artículo 4 se deben penalizar están comprendidas por las normas penales ya existentes" ["Im deutschen Strafrecht gibt es zwar keinen Sondertatbestand der Folter. Ein solcher ist aber auch nicht erforderlich, da alle gemäß Artikel 4 zu pönalisierenden Verhaltensweisen über die bereits bestehenden Strafnormen erfasst werden"]) Crítico al respecto Committee Against Torture, Forty-seventh session, 31 October-25 November 2011, Consideration of reports submitted by States parties under article 19 of the Convention, Concluding observations of the CAT, CAT/C/DEU/CO/5, 12.12.2011. Disponible en: <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/CAT/cat_state_report_germany_5_2009_cobs_2011_en.pdf> (fecha de consulta: 27.01.2016). Al respecto también VOGEL, *supra* nota 2, p. 26.

[19] VOGEL, *supra* nota 2, p. 25 s.

treinta formas de criminalidad,[20] la cual vale también para los demás instrumentos objeto de reconocimiento recíproco.[21] Por lo demás, en el ámbito procesal se puede constatar la implementación del proceso adversarial prácticamente a nivel mundial.[22] Esta tendencia se observa incluso en países representativos de la tradición europea continental tales como Italia[23] o Francia.[24] Reliquias del proceso inquisitivo, como por ejemplo el *juge d'instruction* francés,[25] no cambian el hecho de que "el proceso penal adversarial o de partes con sus características estructurales, como justicia a través del procedimiento contradictorio (en vez de verdad material), autonomía de las partes (en vez de actividad oficiosa del juez), sistema de tarifa legal en la valoración probatoria (en vez de libre apreciación de las pruebas) y *plea bargaining*, haya sido implementado entre tanto en ordenamientos jurídicos de Europa oriental, América Latina y del oriente asiático."[26] Esto aplica también al proceso ante los tribunales penales internacionales.[27] Así, por ejemplo, aunque el

---

[20] Consejo de la Unión Europea, 2002/584/JAI: Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, art. 2.2. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN-ES/TXT/?uri=CELEX:32002F0584&from=DE> (fecha de consulta: 10.04.2015).

[21] Ver AMBOS, *supra* nota 13, p. 614 ss. y 634 ss.

[22] Acertadamente también VOGEL, *supra* nota 2, p. 26.

[23] Ver AMODIO, Ennio. La procedura penale dal rito inquisitorio al giusto processo. *Cass. Pen.* 2003, p. 141 ss. Sobre el desarrollo actual TONINI, Paolo. *Manuale di Procedura Penale.* 15. ed. Milano: Giuffrè, 2014, p. 24 ss.

[24] A pesar de que a la etapa del juicio del proceso penal francés se le atribuyen incluso rasgos "adversariales" (LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne. Das Unmittelbarkeitsprinzip im französischen Strafverfahrensrecht. *JZ* [en línea]. 126, 2014, p. 185 (187)), difícilmente se puede afirmar que su estructura sea realmente adversarial en el sentido angloamericano de un proceso de partes. A lo sumo se puede resaltar el interrogatorio cruzado (contradictorio) de los testigos en el sentido del art. 6.3 (d) de la CEDH en el marco del juicio oral (ver ibíd., p. 189). En contra de una lectura adversarial en el sentido mencionado también habla el significado de la etapa de investigación preliminar y el rol que en ésta cumple el juez de instrucción (ver ibíd., p. 185, 193). Con más detalle sobre la etapa de investigación preliminar ver por ejemplo DESPORTES, Frédéric/LAZERGES-COUSQUER, Laurence. *Traité de procédure pénale.* 3. ed. Paris: Economica, 2013, p. 21 ss. Sobre el juicio oral ver LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne/STUCKENBERG, Carl-Friedrich (ed.). *Was wird aus der Hauptverhandlung?.* Göttingen: V & R Unipress, Bonn Univ. Press, 2014.

[25] Sobre su rol ver DESPORTES/LAZERGES-COUSQUER, *supra* nota 24, p. 472 ss.

[26] ["das adversatorische Parteiverfahren mit seinen Strukturmerkmalen Gerechtigkeit durch kontradiktorisches Prozedieren (statt materieller Wahrheit), Parteiautonomie (statt staatlich richterliche Fürsorge), detaillierten Beweisregeln (statt freier richterlicher Beweiswürdigung) und plea bargaining inzwischen auch in den klassischen civil law-Rechtsordnungen Osteuropas, Lateinamerikas und Ostasiens durchgesetzt"] AMBOS, Kai. Besprechung von Sabine Swoboda, Verfahrens- und Beweisstrategien vor den UN-ad hoc Tribunalen. *GA* 161, 2014, p. 427. Según el Prof. Weimin Zuo (Universidad Sichuan, China) el éxito del proceso penal angloamericano se debe a la popularidad de los Estados Unidos de América y de Gran Bretaña como "the most developed rule of law countries", a una estrategia de exportación efectiva y al "due process component" del procedimiento adversarial (presentación en la "Conference in Honour of Mirjan Damaška", Cavtat, Croatia, 29-30.5.2015).

[27] Al respecto SWOBODA, Sabine. *Verfahrens- und Beweisstrategien vor den UN-ad hoc Tribunalen.* Baden-Baden: Nomos, 2013.

proceso ante la CPI puede ser calificado como un proceso mixto inquisitivo-adversarial,[28] en la práctica se aplica cada vez más la estructura procesal de "dos casos" en contra del tipo de procedimiento de "un caso" dirigido por el juez.[29]

Con relación a la política criminal se debe afirmar, que al margen del trabajo publicado por Roxin en 1973[30] y de la introducción realizada por Zipf en la misma época,[31] ésta es tratada por la denominada *ciencia* jurídico penal solo marginalmente y con descuido, de hecho incluso casi con vergüenza, ya que para muchos supone acercarse demasiado al trabajo legislativo.[32] Aquí se muestra nuevamente la convicción sobre su propia autonomía, inmanente al discurso jurídico penal aristocrático, así como la supuesta superioridad de la dogmática jurídico penal frente a la política criminal,[33] lo cual ha sido presentado últimamente incluso bajo el ropaje de una (a nivel internacional difícilmente admisible) "dogmática de la política criminal" ["*Dogmatik der Kriminalpolitik*"].[34] La política criminal también ha ganado gran importancia a nivel internacional debido a los desafíos que le presenta la globalización. Precisamente por esta razón la política criminal necesita del acompañamiento crítico-científico,[35] lo cual, por supuesto, no se puede equiparar

---

28 Ver AMBOS, *supra* nota 13, p. 367 ss., 412-413.

29 Sobre este antagonismo FEENEY, Floyd/HERRMANN, Joachim. *One case - two systems*. Ardsley, NY: Transnational Publishers, 2005. LANGER, Máximo. The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law. *AmJComJ* [en línea]. 53, 2005, p. 835 (843).

30 ROXIN, Claus. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*. 2 Aufl. Berlin: de Gruyter, 1973. Resumido ROXIN, Claus. *Strafrecht AT*. Band I. 3. Aufl. München: C.H. Beck, 1997, p. 174 ss.

31 ZIPF, Heinz. *Kriminalpolitik: eine Einführung in die Grundlagen*. Karlsruhe: Müller, 1973; ver también del mismo autor *Kriminalpolitik: ein Lehrbuch*. 2. Aufl. Heidelberg: Müller, Jur. Verl., 1980.

32 De manera crítica VOGEL, *supra* nota 2, p. 26; también DONINI, *supra* nota 1, p. 21 s. (lamentando la falta de política criminal en Italia y a nivel europeo).

33 Similar DONINI, *supra* nota 1, p. 9 ("autonomía de la ciencia frente a la política" ["Autonomie der Wissenschaft gegenüber der Politik]").

34 ROBLES, Ricardo. "Zur Dogmatik der Kriminalpolitik". En: FREUND/MURMANN y otros (ed.), *supra* nota 4, p. 115 ss. Aquí se califican también las decisiones legislativas sin legitimación (se debe leer: dogmática) como "mero ejercicio de poder" ["bloße Machtausübung"] (p. 116) y se hace referencia a la dogmática como un "esquema conceptual … superior" ["überlegenen … begrifflichen Schema"], que constituye el "lugar de la meta política criminal" ["der Ort der Meta-Kriminalpolitik"] (p. 117). De esta manera se puede observar la firme creencia de este autor (ciertamente no demostrada) en la capacidad de la dogmática para racionalizar la política criminal. Con esto se ignora, entre otras cosas, que varias figuras dogmáticas también son el producto de "intereses político criminales concretos" ["handfester rechtspolitischer Interessen"] y no simplemente el producto de una "deducción lógica" ["logischer Deduktion"] (KOCH, Arnd. "Strafrechtsgeschichte und Strafrechtsvergleichung". En: FREUND/MURMANN y otros (ed.), *supra* nota 4, p. 1483, 1496, según el cual esto lo prueba la historia del Derecho).

35 Ver SIEBER, Ulrich. "Strafrechtsvergleichung im Wandel". En: SIEBER, Ulrich/ALBRECHT, Hans-Jörg (ed.). Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach. Berlin: Duncker & Humblot, 2006, p. 90-93, 96-98, 110 (para quien esto constituye una de las razones para la creciente importancia del Derecho comparado, el cual puede en este sentido garantizar "good governance"; también SIEBER, Ulrich. Grenzen des Strafrechts. *ZStW* [en línea]. Band 119, 2007, p. 1 (53)); similar ESER, Albin.

con su "dogmatización" ["*Dogmatisierung*"][36] y completa cientifización, desconociendo la dimensión político-valorativa[37] que le es propia.[38]

En todo caso, la política criminal nacional (en Alemania) no siempre acoge lo dispuesto a nivel internacional, como lo muestra el ejemplo ya mencionado de la tortura, incluso cuando a nivel de la Unión Europea el efecto interno del Derecho secundario solo deja un margen de acción reducido. Es posible pensar que en el caso concreto dicha resistencia tiene sustento; sin embargo, esta actitud es a penas sostenible internacionalmente[39] cuando su fundamentación se reduce a una remisión general ontologizante a supuestas categorías lógico objetivas, que hacen de la dogmática jurídico penal alemana la medida de todas las cosas[40] y de acuerdo con las cuales las teorías extranjeras, sobre todo del Derecho Penal angloamericano, son calificadas como "analíticamente impuras" y

Evaluativ-Kompetitive Strafrechtsvergleichung. En: FREUND/MURMANN y otros (ed.), *supra* nota 4, p. 1441, 1455.

36 En el sentido explicado en *supra* nota 34.

37 Ver VOGEL, Joachim. „Kriminalpolitikwissenschaft und europäische Kriminalpolitik". En: HEGER, Martin/KELKER, Brigitte/SCHRAMM, Edward (ed.). Festschrift für Kristian Kühl. München: C.H. Beck, 2014, p. 635 s. (con crítica fundada a la diferencia dominante entre lex lata y lex ferenda y con dudas fundamentales sobre la posibilidad de una política criminal científica "en el sentido de respuestas verdaderas, válidas, objetivas y vinculantes" ["im Sinne von wahren, gültigen, objektiven oder verbindlichen Antworten"], en lugar de esto abogando por un entendimiento más sobrio como respuesta a los desafíos de la criminalidad).

38 Esto necesitaría aclaraciones adicionales que debido a razones de espacio no se pueden realizar aquí. Dicho brevemente se trata (obviamente) de un acompañamiento científico a la política criminal, el cual debe ir más allá de una dogmática puramente técnico-conceptual, aceptar la legitimidad de las decisiones discrecionales tomadas por los funcionarios electos competentes e incluir las ciencias sociales empíricas (ver más adelante nota 107 y texto principal) y el análisis comparado del Derecho (ver nota anterior). Solo entonces la dogmática puede pretender ser una ciencia (sobre "legal dogmatics" como "legal science" en sentido amplio ver JAREBORG, *supra* nota 4, p. 49 ss.) y la política criminal puede permanecer como política legitimada democráticamente (en el sentido de *policy,* al respeto VOGEL, *supra* nota 37, p. 637, 646 ss.).

39 Crítico en este sentido también sobre la falta de capacidad del discurso dogmático tradicional para ser exportado LEPSIUS, *supra* nota 4, p. 86 s.; similar VON BOGDANDY, Armin. "Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft". En: HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ (ed.), *supra* nota 4, p. 141 s. (necesidad de aclaración de la funcionalidad de conceptos dogmáticos).

40 Ver en especial HIRSCH, Hans Joachim. "Gibt es eine national unabhängige Strafrechtswissenschaft?". En: SEEBODE, Manfred (ed.). Festschrift für Günter Spendel. Berlin: de Gruyter, 1992, p. 43 ss. (con su desacreditada tesis de una dogmática jurídico penal "total o parcialmente correcta o falsa" ["ganz oder teilweise richtigen oder falschen"], p. 58.). Acertadamente y de manera crítica sobre el punto de vista ontologizante ROXIN, Claus. "Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht". En: EBERHARD, Barth (ed.). Festschrift für Richard M. Honig. Göttingen: Schwartz, 1970, p. 148 ff; ROXIN, Claus. Kriminalpolitik nota 30, p. 5 s.; ROXIN, Claus. *Strafrecht*, *supra* nota 30, p. 181 en nota 76, 193. También de forma crítica AMBOS, Kai. *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts*. 2. Aufl. Berlin: Dunkler & Humblot, 2004, p. 57 s.

"premodernas".[41] Lo anterior no solamente ignora que en el Derecho Penal angloamericano también existe "dogmática" en el sentido de interpretación y sistematización del Derecho vigente (*doctrinal scholarship*)[42],[43] sino también el hecho de que los rendimientos de la dogmática tradicional en términos de estructuración y sistematización se pueden producir y de hecho son producidos de otras maneras, por ejemplo, apelando a principios generales en el marco de un discurso teórico y filosófico exigente y riguroso, así como mediante el trabajo minucioso de casos concretos.[44]

En lo que tiene que ver con la jurisprudencia, la cual es especialmente importante para la práctica, se debe decir en primer lugar que ésta está sujeta al Derecho alemán (art. 20 apartado 3 y art. 97 apartado 1 Ley Fundamental alemana) y en consecuencia argumentos relacionados con el Derecho Penal extranjero (con excepción de las pocas veces en las que se debe aplicar alguna norma de otro ordenamiento jurídico)[45] a lo sumo puede tener carácter informativo.[46] Sin embargo, no es errado afirmar que en la jurisprudencia existe cierta recepción, si bien renuente, de influencias internacionales y europeas. Esto se puede demostrar

---

[41] Ver SCHÜNEMANN, Bernd. Das Schuldprinzip und die Sanktionierung von juristischen Personen und Personenverbänden. *GA* 2015, p. 282 (acogida de "doctrinas analíticamente impuras y premodernas" ["analytisch unsauberer, vormoderner Doktrinen"]). En general, Schünemann se dirige sobre todo al Derecho Penal angloamericano. Sin embargo, el escaso desarrollo "dogmático" de éste último y su enfoque deductivo basado en casos (al cual ya se hizo referencia) no deben llevar a subestimar la discusión teórica y filosófica, en ocasiones de alto nivel, que tiene lugar en dicho ámbito ni a evitar que se tomen en serio las soluciones allí propuestas (en todo el sentido del método funcional del Derecho comparado que se menciona más adelante).

[42] HILGENDORF/SCHULZE-FIELITZ, *supra* nota 4, p. 6.

[43] Ver por ejemplo, como principal exponente en los Estados Unidos de la teoría del Derecho como disciplina autónoma (la cual ha sido cuestionada por los "legal realists") POSNER, Richard. Legal Scholarship Today. *Harvard Law Review*. 115, 2001-2002, p. 1314 (1316): "… task of the legal scholar … to extract a doctrine from a line of cases or from statutory text and history, restate it, perhaps criticize it or seek to extend it, all the while striving for ‚sensible' results in light of legal principles and common sense". También sobre "legal dogmatics" como "rational reconstruction" MACCORMICK, Neil. Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS. *Oxford Journal of Legal Studies*. 10, 1990, p. 539 (556 f: "task of scholarship… to *reconstruct*" el material jurídico, para hacerlo comprensible … "rational reconstruction means the production of clear and systematic statements of legal doctrine … great works of legal dogmatics … among the highest achievements of human intelligence" (resaltado en el original).

[44] Desde la perspectiva del Derecho público ver LEPSIUS, *supra* nota 4, p. 86.

[45] Por ejemplo, desde la perspectiva de las normas sobre aplicación del Derecho Penal, en la comprobación de reglas idénticas (extranjeras) sobre el lugar del hecho conforme al art. 7 del Código Penal alemán (StGB) o (como valoración del Derecho extranjero) en el marco del análisis comparado del Derecho (ver ESER, nota 35, p. 1449; asimismo más adelante nota 131 y texto principal).

[46] De la misma manera VOGEL, Joachim. "Diskussionsbemerkungen: Instrumentelle Strafrechtsvergleichung". En: BECK, Susanne/ BURCHARD, Christoph /FATEH-MOGHADAM, Bijan (ed.). Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung. Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 206.

con varios ejemplos,[47] de los cuales vale la pena recordar la renuncia inicial de tribunales superiores alemanes (*Obergerichte*) a aceptar la restricción del art. 329 apartado 1 del Código de Procedimiento Penal alemán (StPO) exigida por el TEDH. El TEDH había decidido que esta disposición era incompatible con la CEDH, cuando el recurso de apelación era rechazado debido a la ausencia del recurrente, a pesar de que su defensor estuviera presente y listo para ejercer la defensa.[48] Varios tribunales se negaron a reconocer la validez de esta decisión en el Derecho interno, entre otros con el argumento de que el TEDH había ignorado la sistemática de las normas alemanas sobre recursos.[49] Sobre todo el Tribunal Superior de Celle contradijo de manera vehemente al TEDH[50] y para esto aplicó su propia interpretación del art. 6 apartado 3 letra c) de la CEDH.[51] Al final, solo la actividad del legislador puso punto final a esta situación contraria al sistema europeo de protección de derechos.[52] En cambio, el ejemplo mencionado por

---

[47] Aquí puedo hacer referencia a mi experiencia (ciertamente limitada) como juez del Tribunal Provincial (Landgericht) de Göttingen (2006-2014) y del Tribunal Superior (Oberlandesgericht) de Braunschweig (desde el 1 de enero de 2015).

[48] TEDH, decisión del 08.11.2012 (Naziraj – Alemania), párr. 49 ss; comentario por WASZCZYNSKI, Dominik. Verwerfung der Berufung wegen unentschuldigter Abwesenheit des Angeklagten. *NStZ-RR* [en línea]. Heft 1, 2014, p. 18 ss.; ESSER, Robert. (Nichts) Neues aus Straßburg - Effektive Verteidigung bei Nichterscheinen des Angeklagten zu Beginn der Hauptverhandlung in der Berufungsinstanz (§ 329 Abs. 1 S. 1 StPO). *StV* [en línea]. Heft 5, 2013, p. 334 s.; acertadamente ESSER, Robert. *Europäisches und Internationales Strafrecht***.** München: C.H. Beck, 2014, § 9 Rn. 255; GERST, Joachim. Die Konventionsgarantiedes Art. EMRK Artikel 6 EMRK Artikel 6 Absatz IIIc und die Abwesenheitsverwerfung gemäß §StPO § 329 StPO § 329 Absatz I 1 StPO – Ein kleiner Schritt für Straßburg, ein zu großer für Deutschland? *NStZ* [en línea]. Heft 6, 2013, p. 310.

[49] Tribunal Superior de Celle. *NStZ* [en línea]. 2013, p. 615, 616. Tribunal Superior de München. *NStZ* [en línea]. 2013, p. 358, 359 con comentario crítico de ZEHETGRUBER, Christoph. Zur Unvereinbarkeit von § 329 Abs. 1 S. 1 StPO mit der EMRK. *HRRS* [en línea]. Heft 10, 2013, p. 402. Tribunal Superior de Düsseldorf. *StV* [en línea]. Heft 5, 2013, p. 299 con comentario crítico de ESSER, (Nichts) Neues, *supra* nota 48, p. 331 ("ignorancia frente a estándares de derechos humanos en el proceso penal" ["Ignoranz gegenüber menschenrechtlichen Standards in Strafverfahren"], 338); de acuerdo con el resultado MOSBACHER, Andreas. Straßburg locuta – § StPO § 329 STPO § 329 Absatz I StPO finita?. *NStZ* [en línea]. Heft 6, 2013, p. 313 ss. ("No hay ningún camino metodológico plausible para adaptar el resultado deseado por el TEDH a la estructura del Derecho vigente" ["Es gibt keinen methodisch vertretbaren Weg, das vom EGMR gewünschte Ergebnis in die Struktur des geltenden Rechts einzupassen"]).

[50] Tribunal Superior de Celle. *NStZ* [en línea]. 2013, p. 615 (La decisión "ignora fundamentalmente la situación jurídica alemana" ["gehe an der deutschen Rechtslage fundamental vorbei"]

[51] Tribunal Superior de Celle. *NStZ* [en línea]. 2013, p. 615 ("El interés del acusado de permitir su defensa por medio de un defensor en el trámite de la apelación", "según la interpretación correcta de esta disposición, no es protegido jurídicamente" [das "Interesse des Angeklagten, sich von einem Verteidiger in der Berufungshauptverhandlung vertreten zu lassen", werde "nach sachgerechter Interpretation dieser Vorschrift rechtlich nicht geschützt"].

[52] Ver propuesta (Referentenentwurf) del Ministerio Federal de Justicia y para la Protección del Consumidor sobre un proyecto de ley para el fortalecimiento del derecho a la representación a través de un defensor en el juicio de apelación, 41 ss., así como el proyecto de ley del Gobierno Federal del 17.10.2014 (BR-Drucks. 491/14), 44 ss., especialmente 51 ss, según el cual se debe reformar el art.

Vogel[53] sobre la remisión de asuntos que deben realizar los tribunales nacionales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuando el objeto de debate involucra aspectos relevantes del Derecho comunitario ("*Vorabentscheidungsverfahren*"), resulta menos ilustrativo en lo que a la relación del Derecho alemán con el Derecho europeo se refiere, ya que si se compara entre los miembros de la Unión Europea se observa que Alemania es de los países que más asuntos ha remitido.[54] Incluso la comparación con otros países similares en tamaño[55] demuestra que Alemania ocupa, de acuerdo con las estadísticas, una posición más o menos alta. De hecho, es posible afirmar que existe cierta reserva general por parte de los tribunales nacionales, no solo de los alemanes, para realizar dichas remisiones.[56]

Un ejemplo notorio y positivo de influencia del Derecho Penal alemán únicamente se puede constatar en el Derecho Penal Internacional. Esto ha ocurrido debido a

329 StPO y reemplazar por una regulación completa de los casos de ausencia injustificada. En consecuencia (solo) se puede rechazar la apelación, cuando tanto el acusado como el defensor se ausentan sin justificación (art. 329 párr. 1 StPO-proyecto). De manera que el juicio de apelación también puede tener lugar sin el acusado, cuando su presencia "no sea requerida por circunstancias especiales" ["nicht besondere Gründe" seine Anwesenheit "erfordern"] y "esté representado por un defensor autorizado mediante poder de representación otorgado por escrito" ["wenn er durch einen Verteidiger mit schriftlicher Vertretungsvollmacht vertreten wird"] (art. 329 párr. 2 StPO-proyecto). El Parlamento alemán (Bundestag) ha aprobado el proyecto de ley en la versión modificada por la Comisión de asuntos jurídicos (Rechtsausschuss) (BT-Drucks. 18/5254) el 18.6.2015 (<http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2015/kw25_angenommen_abgelehnt/378774> ; fecha de consulta: 27.1.2016).

[53] VOGEL, *supra* nota 2, p. 26.

[54] Según el Informe Anual del TJUE en el año 2014 Alemania realizó 87 remisiones, lo cual constituye aproximadamente el 20% de todas las remisiones realizadas en ese año (en total 428 remisiones de los 28 estados miembros de la Unión Europea). De la misma manera, en el periodo total comprendido en esta estadística (1961-2014) los tribunales alemanes son los que han sometido al TJUE la mayor cantidad de asuntos con un total de 2.137. La versión en español del Informe puede ser consultada en: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-04/es_ecj_annual_report_2014_pr1.pdf> (fecha de consulta: 27.01.2016), p. 121-122.

[55] Italia (52 remisiones), Francia (20 remisiones), Reino Unido (12); en el periodo total Italia (1279), Francia (906), Reino Unido (573), ver Ibíd.

[56] Los tribunales nacionales en general pueden remitir asuntos al Tribunal Europeo de Justicia si así lo consideran necesario, para que éste se pronuncie sobre la interpretación de tratados o sobre la validez e interpretación de actos adoptados por las instituciones u órganos de la Unión (art. 267 párr. 1 y 2 TFUE). Sin embargo, cuando se trata de tribunales nacionales de última instancia dicha remisión es obligatoria (art. 267 párr. 3 TFUE). La remisión se considera necesaria cuando existe duda sobre el sentido del Derecho vigente („acte-claire-Doktrin") y la cuestión relevante no ha sido aclarada con anterioridad por el TJUE („acte éclairé") (ver WEGENER, Bernhard. En: CALLIESS, Christian/RUFFERT, Matthias (ed.). EUV/AEUV. 4. Aufl. München: C. H. Beck, 2011, art. 267 Rn. 32), mientras que el principio "in actis claris non fit interpretātiō" de todas maneras con la hermenéutica moderna ha sido superado (GEIGER, Rudolf/KHAN, Daniel-Erasmus/KOTZUR, Markus. *EUV/AEUV*. 5. Aufl. 2010. München: C. H. Beck, 2010, Art. 267 AEUV, Rn. 19), es decir, que la interpretación de normas jurídicas rara vez es clara o indiscutida.

dos factores.[57] Por un lado Alemania jugó un papel muy importante en la creación de la CPI, el cual continúa hasta hoy con el apoyo permanente a dicho tribunal. Por otro lado, mediante el Código Penal Internacional alemán y, en menor medida, a través la Ley de Cooperación con la CPI se expidieron dos leyes de implementación que han gozado a nivel internacional de gran popularidad, lo que fue posible entre otras razones gracias a su traducción en los seis idiomas de las Naciones Unidas.[58] Por último, pero no menos importante, la dogmática jurídico penal alemana ha ganado validez en el contexto de la CPI sobre todo en lo que tiene que ver con la ya mencionada teoría de la participación.[59] Este éxito único se puede explicar a partir de la cooperación constructiva entre práctica y teoría: la política exterior y de justicia alemana apoyó siempre enérgicamente la creación de la CPI, así como su implementación en el Derecho interno a través de las leyes mencionadas, y para esto se valió en todas las fases de asesoría científica y académica.[60]

B. Razones

La inmunidad aparente del Derecho Penal nacional frente a la internacionalización y a la globalización se explica usualmente con el arraigo moral que éste tiene en cada sociedad y en consecuencia acudiendo a su *condicionamiento cultural*. Así, el Tribunal Constitucional alemán justificó en su decisión sobre el Tratado de Lisboa el significado especial que tiene el principio democrático para el Derecho Penal, al afirmar que éste representa un ámbito especialmente sensible "para la capacidad de autodeterminación democrática de un Estado constitucional".[61] Según este Tribunal las condiciones de la punibilidad "dependen de preconcepciones culturales que se desarrollan históricamente y están marcadas por el lenguaje", y por tal razón "son extraíbles normativamente solo de forma limitada de los valores y premisas éticas compartidos en Europa".[62]

---

[57] Muy negativo en este sentido VOGEL, *supra* nota 2, p. 26. El autor puede recurrir aquí a su propia experiencia como miembro de la delegación alemana en la Conferencia de Roma en el año 1998 y del grupo de trabajo de expertos conformado por el Ministro Federal de Justicia alemán para la creación de un Código de Derecho Penal Internacional.

[58] Ver<http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/forschung/projekte/translations> (fecha de consulta: 27.01.2016).

[59] Ver también JESSBERGER, Florian/GENEUSS, Julia. On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir. *JICJ* 6, 2008, p. 853 (con el provocante subtítulo de "German Doctrine at The Hague?").

[60] Ver AMBOS, Kai. "Internationales Strafrecht in der Berliner Republik". En: Rechtswissenschaft in der Berliner Republik. Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2016 (próximamente).

[61] ["für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaats"] Tribunal Constitucional Federal alemán, decisión del 30.06.2009 (BVerfGE 123, 267, 359).

[62] ["von kulturellen, historisch gewachsenen, sich sprachlich geprägten Vorverständnissen … abhängig", „nur eingeschränkt aus europaweit geteilten Werten und sittlichen Prämissen normativ ableit-

Justamente en este sentido la preservación por medio del Derecho Penal de un consenso cultural mínimo es vista por algunos profesores alemanes como algo imprescindible. Así, *Jakobs* ve en la punición de los antiguamente llamados "delitos contra la moralidad" (*Sittlichkeitsdelikte*) la expresión de la "estigmatización de ataques contra la sociedad en cuanto comunidad cultural configurada conforme a una finalidad (!)".[63] De esta manera, una moral comúnmente aceptada no solo tendría que ser entendida como "*limitación* de la libertad" ["Freiheits*begrenzung*"], puesto que también representaría "*condiciones* de la libertad en una sociedad" ["*Bedingungen* der Freiheit in einer Gesellschaft"]. Según Jakobs: "el uso socialmente improductivo de la libertad que conduce al aislamiento o que lleva a caer en una subcultura es limitado por la moral social".[64] De la misma manera, según *Stratenwerth* la preservación jurídico penal de normas de comportamiento específicas es necesaria para asegurar un consenso normativo mínimo en una sociedad determinada.[65] Asimismo, *Hefendehl* aboga por la "penalización de infracciones contra convicciones culturales profundamente arraigadas".[66] En concreto, sobre la base de esta perspectiva se podría justificar, por ejemplo, la criminalización del trato cruel de animales vertebrados, no solamente para protegerlos del sufrimiento intenso en cuanto seres vivos capaces de experimentar sensaciones, sino "al mismo tiempo como protección [de la sociedad] ante la brutalidad en general".[67]

Esta perspectiva tiene precisamente en Alemania importantes precursores. Solo hay que pensar en la idea de identidad nacional del Derecho propuesta por von Savigny, fundada en el "espíritu del pueblo" alemán ["*Volkgeist*"] y arraigada culturalmente;[68] o en el Derecho (Penal) como "fenómeno cultural"

bar"] Tribunal Constitucional Federal alemán, decisión del 30.06.2009 (BVerfGE 123, 267, 359). Ver NOLTENIUS, Bettina. Strafverfahrensrecht als Seismograph der Europäischen Integration. *ZStW* [en línea]. 122, Heft 3, 2010, p. 622; crítico al respecto VOGEL, Joachim. "Art. 83 AEUV". En: GRABITZ, Eberhard/HILF, Mainhard/NETTESHEIM, Martin. Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV. Band I. München: C.H. Beck, 2015, Rn. 19.

63 ["der Stigmatisierung von Angriffen gegen die Gesellschaft als zweckvoll gestaltete (!) Kulturgemeinschaft"] JAKOBS, Günther. *Rechtsgüterschutz?: zur Legitimation des Strafrechts*. Paderborn: Schöningh, 2012, p. 37.

64 ["der gesellschaftlich unergiebige Freiheitsgebrauch, der zur Vereinzelung oder zum Abgleiten in eine Subkultur führt, wird durch die Sitte abgeschnitten"] Ibíd., p. 25.

65 Ver STRATENWERTH, Günther. "Zum Begriff des ´Rechtsgutes`". En: ESER, Albin/ SCHITTENHELM, Ulrike/SCHUMANN, Heribert. Festschrift für Theodor Lenckner. München: C.H. Beck, 1998, p. 377 (386 ss.) También STRATENWERTH, Günther. "Kriminalisierung bei Delikten gegen Kollektivrechtsguter". En: Die Rechtsgutstheorie. Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 255 (266).

66 ["Pönalisierung von Verstößen gegen tief verwurzelte Kulturüberzeugungen "] HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln: Heymann, 2002, p. 56.

67 ["zugleich als Schutz vor allgemeiner Verrohung"] JAKOBS, *supra* nota 63, p. 30.

68 VON SAVIGNY, Friedrich Carl. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814, p. 8 ss. ("Pero esta conexión orgánica del Derecho con la naturaleza y carácter del pueblo se evidencia con el paso del tiempo … El Derecho crece con el

["*Kulturerscheinung*"] tal como era entendido por Max Ernst Mayers, para quien las normas jurídico penales se podían reconducir a normas culturales que les eran subyacentes.[69] En este sentido, no se puede discutir que el Derecho Penal se forma "en un complejo proceso social"[70] y que por tanto efectivamente constituye un "fenómeno cultural".[71] Sin embargo, esto es solo una parte de la verdad, ya que, por un lado, el condicionamiento cultural de nuestra disciplina se manifiesta de distintas maneras en cada subárea,[72] y por otro, y más importante aún, el condicionamiento cultural no significa que el Derecho Penal sea inmune a las influencias internacionales y europeas. Por el contrario, es posible defender (como contrapropuesta a un Derecho Penal arraigado en la cultura de un determinado país) un Derecho Penal intercultural anclado en la "cultura" universal (o en todo caso occidental) de los derechos humanos, tal y como se propuso por el filósofo de Tubinga Otfried Höffe en 1999,[73] e incluso, sobre esta base, un Derecho Penal

pueblo, se forma con éste y finalmente muere, a medida que el pueblo pierde su identidad) ["Aber dieser organische Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes bewährt sich auch im Fortgang der Zeiten … Das Recht wächst also mit dem Volke fort, bildet sich aus mit diesem, und stirbt endlich ab, so wie das Volk seine Eigentümlichkeit verliert"] p. 11).

[69] MAYERS, Max Ernst. *Rechtsnorm und Kulturnorm.* Breslau: Schletter, 1903, p. 19 ("Originalmente las normas culturales y jurídicas no simplemente coinciden, originalmente son idénticas" ["Ursprünglich stimmen Kultur- und Rechtsnormen nicht bloß überein, ursprünglich sind sie identisch"]; sin embargo, también se reconocen normas jurídicas que carecen de base cultural inmediata); igualmente RABEL, Ernst. Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung. *Zeitschrift für Zivil- und ProzessR.* 13, 1924, p. 279 (283) ("Debido a que el Derecho es … un fenómeno cultural, no puede ser pensado independientemente de sus causas y de sus efectos") ["Denn das Recht ist … eine Kulturerscheinung, es kann nicht unabhängig gedacht werden von seinen Ursachen und Wirkungen"]. Ver HÖRNLE, Tatjana. Unterschiede zwischen Strafverfahrensordnungen und ihre kulturellen Hintergründe. *ZStW* [en línea]. 117, Heft 4, 2005, p. 801 (801 s. en nota al pie 2).

[70] ["in einem vielschichtigen sozialen Entwicklungsprozess"].

[71] Fundamental JUNG, Heike. "Rechtsvergleich oder Kulturvergleich?". En: FREUND/MURMANN y otros (ed.), *supra* nota 4, p. 1467 ss., 1474, 1481 con explicación instructiva del transfondo científico teórico (p. 1469 ss.); asimismo VALERIUS, Brian. *Kultur und Strafrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2011 (sobre la consideración de concepciones axiológicas culturales en el Derecho Penal en general y su protección a través de éste); también SACCO, Rodolfo. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 2. unv. Aufl. Baden-Baden: Nomos, 2011 (original en italiano de 1980), p. 154 s.; HILGENDORF, Eric. "Zur Einführung: Globalisierung und Recht". En: BECK y otros (ed.), *supra* nota 46, p. 23 (Derecho como "parte de la cultura"); BECK, Susanne. "Strafrecht im interkulturellen Dialog". En: Ibíd., p. 79 ("Parte de la comunicación cultural" ["Teil der kulturellen Kommunikation"]; MEYER, Frank. "Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung". En: Ibíd., p. 90; WEIGEND, Thomas. "Diskussionsbemerkungen". En: Ibíd., p. 131; KUBICIEL, Michael. Funktionen und Dimensionen der Strafrechtsvergleichung. *RW* Heft 2, 2012, p. 212 (214); ver también más adelante la nota 119 y el texto principal.

[72] Ver VOGEL, Joachim. Transkulturelles Strafrecht. *GA* 2010, p. 1 (3 ss.), en donde él demuestra que estas particularidades culturales juegan un papel menos importante en la parte general del Derecho Penal que en la parte especial y en el proceso penal.

[73] HÖFFE, Otfried. *Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1999.

transcultural, tal como fue desarrollado posteriormente por Vogel.[74] Visto de esta manera, un fundamento axiológico común, como se desprende de los derechos humanos universales, no actúa "internamente" aislando al Derecho Penal propio de influencias foráneas, sino "externamente" y a nivel "transnacional" en el sentido de una moral mínima que no se detiene ante fronteras nacionales y que no solamente es predicada por los estados liberales de Derecho, sino vivida y defendida activamente por éstos. Así, el Derecho Penal no debe entonces proteger solamente las concepciones culturales nacionales, sino también, justamente en el sentido de Emile Durkheim,[75] concepciones axiológicas colectivas y transnacionales que "*in any one type of society are to be found in every healthy consciousness*"[76] y que fomentan el sentido de comunidad.[77]

La expresión práctica de dicha concepción axiológica común y fundada en los derechos humanos es el Derecho Penal Internacional contemporáneo, el cual se ha propuesto como objetivo evitar o al menos reducir notablemente mediante la amenaza de persecución penal las violaciones más graves de derechos humanos. Pero también el Derecho Penal europeo se puede fundamentar de esta manera, especialmente cuando éste se refiere a la lucha contra la criminalidad transfronteriza y especialmente grave como lo hace el ya citado art. 83 TFUE. En los ordenamientos jurídicos nacionales tanto el Derecho Internacional como el Derecho de la Unión Europea tienen efectos desde el punto vista material, al igual que en el plano procesal y policivo, como lo muestra por ejemplo la cooperación en materia de investigación criminal que tiene lugar a nivel europeo mediante figuras como Europol o Eurojus (la futura fiscalía europea también se debe mencionar en este mismo sentido),[78] o incluso la reciente Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas sobre la lucha contra combatientes terroristas extranjeros.[79] Esta última ha servido precisamente en Alemania para fundamentar un nuevo endurecimiento del Derecho Penal orientado a combatir al terrorismo mediante la creación de un tipo penal para evitar el "turismo terrorista"

---

[74] VOGEL, *supra* nota 72, p. 1 (14), según el cual de los derechos humanos reconocidos universalmente se puede derivar un Derecho Penal de este tipo y a partir de allí es posible fundamentar también la obligación de protección penal de las violaciones graves de derechos humanos; en este sentido se podría incluso hablar de "una cultura internacional de un Derecho Penal de los derechos humanos" [von einer "internationalen Kultur eines menschenrechtlichen Strafrechts"].

[75] Sobre Durkheims en este contexto ver TALLGREN, Immi. The Voice of the International. JICL [en línea]. 13, 2015, p. 135 (148 s.).

[76] DURKHEIM, Emile. *The Division of Labour in Society.* 2 Aufl. New York: The Free Press, 1984, p. 34.

[77] En este sentido también TALLGREN, *supra* nota 75, p. 148. ("criminal law based on commonly shared moral convictions, thereby nourishing the existence of a community …").

[78] Ver AMBOS, *supra* nota 13, p. 645 ss.

[79] Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, Resolución 2178/2014.

[“*touristischer Terrorismus*”],[80] frente a lo cual, al margen de los reparos que desde el punto de vista del Estado de Derecho se pueden formular a este adelantamiento de la punibilidad, se ha planteado la duda de si el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas puede obrar como una especie de legislador mundial en materia penal y si le puede imponer a los estados miembros de las Naciones Unidas la obligación de implementar en el Derecho interno sus decisiones.[81]

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en este contexto se evidencia que “el supuesto condicionamiento cultural del Derecho Penal”,[82] tal como fue reconocido correctamente por Vogel, constituye “en buena medida una quimera y no corresponde, o al menos no de forma reconocible, a los desafíos de la política criminal moderna como terrorismo, tráfico de personas, tráfico ilegal de drogas, criminalidad cibernética, etc.”.[83] El discurso internacional actual no está orientado por el condicionamiento cultural del Derecho (Penal). Por el contrario, los esfuerzos están dirigidos a capturar en el Derecho el fenómeno de la globalización a través de discursos sobre pluralismo, fragmentación e interlegalidad. Esto también fue reconocido por Vogel desde el año 2002, al contraponer justamente discursos de este tipo a la oposición positivista contra la política criminal y la

---

[80] Según esto, se debe penalizar el viajar al exterior con el fin de apoyar organizaciones terroristas (ampliación del art. 89a StGB), al igual que, mediante tipo penal autónomo, la financiación de esta clase de organizaciones (art. 89c StGB). Ver proyecto de ley del 11.03.2015 del Gobierno Federal alemán para modificar la persecución de la preparación de actos violentos graves en contra del Estado [Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten] (BT-Drucks. 18/4279), así como la reforma a la Ley de Identificación Personal [PersonalausweisG] del 24.04.2015, ver: <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2015/01/2015-04-24-gesetz-personalausweis.html> (fecha de consulta: 27.01.2016); sobre financiación del terrorismo y las reformas al respecto en Alemania ver SIEBER, Ulrich/VOGEL, Benjamin. *Terrorismusfinanzierung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2015.

[81] Crítico al respecto AMBOS, Kai. Wer ist ein Terrorist?. *Frankfurter Allgemeine Zeitung* (FAZ). Edición del 02.10.2014, p. 11 (versión en español bajo el título ¿Mi terrorista, tu terrorista?, publicada en Ámbito Jurídico, Colombia, edición del 13 al 26 de octubre de 2014, p. 11); también KRESS, Claus. Uno-Resolution zur Terrorbekämpfung. *Spiegel Online*. Edición del 03.10.2014, disponible en: <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/gesetze-gegen-terrorismus-voelkerrechtler-kress-zur-uno-resolution-a-994885.html> (fecha de consulta: 27.1.2016).

[82] [“angebliche Kulturgebundenheit des Strafrechts”].

[83] [“weithin als eine Chimäre und betrifft gewiss nicht bzw. nicht in anzuerkennender Weise die Herausforderungen moderner Kriminalpolitik wie Terrorismus, Menschenhandel, illegaler Drogenhandel, Cyberkriminalität usw.”] VOGEL, *supra* nota 2, p. 29 (siguiendo con el argumento que hace alusión a la cultura, Vogel lo considera incluso “políticamente peligroso” [“politisch gefährlich”], ya que debido a su propensión etnocéntica alimenta el chauvinismo jurídico y la pretensión de ser únicos” [weil es wegen seiner “ethnozentrischen Anfälligkeit Rechtschauvinismus und Einzigartigkeitsattitüden Vorschub leistet”] [citando a MEYER, Frank. *Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden: Nomos; Zürich: Dike, 2009, p. 126]; igualmente VOGEL, *supra* nota 62; también VOGEL, *supra* nota 37, p. 641 (apego a la cultura jurídico penal nacional como “cuento de hadas” [“Bindung an nationale Strafrechtskultur als „Ammenmärchen”]).

dogmática jurídico penal europeas, que se fundamenta en las supuestas particularidades culturales.[84] Dicho brevemente, se trata de reconocer que tanto las sociedades como también el Derecho Internacional están marcados y son influenciados por una variedad (pluralidad) de ordenamientos jurídicos y de fuentes del Derecho.[85] De esto se desprende el fenómeno de la interlegalidad, es decir, de la existencia de "*networks of legal orders*",[86] y de la fragmentación, es decir, de la existencia de regímenes diferentes en fuentes del Derecho distintas.[87] No es posible profundizar aquí en este aspecto; sin embargo, esto muestra que el discurso del condicionamiento cultural del Derecho (Penal) ya está superado y que en todo caso en un mundo (jurídico) globalizado el aislamiento del ordenamiento jurídico propio ni se puede ni se debe garantizar.

La mentalidad que subyace al argumento de la "defensa cultural" también permite recordar la ya citada crítica de Donini sobre la *aristocracia penal*, la cual, se debe agregar, en el lugar de la legitimación democrática del legislador pretende ubicar la indisponibilidad de categorías dogmáticas específicas como criterio para la producción del Derecho.[88] Al respecto Vogel también afirmó lo correcto: "así como el dominio de los conocedores sobre los no conocedores no es democrático, la legislación penal no está en las manos de los profesores de Derecho Penal. La expedición de normas penales es más bien cuestión del legislador parlamentario en cuanto representante inmediato del pueblo, legitimado democráticamente".[89] Esto

---

[84] VOGEL, *supra* nota 6, p. 520.

[85] Ver BERMAN, Paul. A Pluralist Approach to International Law. *Yale Journal of International Law* [en línea]. 32, 2007, p. 301 (302) ("varying degrees of impact"), 307, 311-322; para una teoría pluralista de cuatro niveles del Derecho Penal Internacional ver GREENWALT, Alexander. The Pluralism of International Criminal Law. *Indiana Law Journal* [en línea]. 86, 2011, p. 1063 (1064, 1122-1127); sobre la discusión con relación al Derecho Penal Internacional ver VAN SLIEDREGT, Elies. Pluralism in International Criminal Law. *LJIL* [en línea]. 25, 2012, p. 847 (847 ss.); sobre pluralidad de métodos en las ciencias jurídicas ver VON BOGDANDY, Armin. Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum. *JZ* [en línea]. 66-1, 2011, p. 1, 5.

[86] DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Toward a new common sense.* New York: Routledge, 1995, p. 114 entre otras, citado por VOGEL, *supra* nota 6, p. 520.

[87] Fundamental sobre desarrollo y consideración de las causas FISCHER-LESCANO, Andreas/TEUBNER, Gunther. *Regime-Kollisionen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006, s. 7 ss. con más pruebas; HERDEGEN, Matthias. *Völkerrecht.* 14 Aufl. München: C.H. Beck, 2015, § 5 Rn. 20 ss.; TRACHTMAN, Joel. *The future of international law*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, 2013, p. 217 ss.

[88] En este sentido probablemente también ROBLES, *supra* nota 34, cuando él reclama la contención dogmática de la política criminal.

[89] ["So wenig Demokratie die Herrschaft der Wissenden über die Unwissenden ist, so wenig liegt Strafgesetzgebung in den Händen des Strafrechtswissenschaftlers. Vielmehr ist es Sache des parlamentarischen Gesetzgebers als des unmittelbar demokratisch legitimierten Repräsentanten des Volkes, Strafgesetze zu erlassen"] VOGEL, Joachim. "Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft". En: SCHÜNEMANN, Bernd/ACHENBACH, Hans y otros (ed.). Festschrift für Claus Roxin. Berlin: Walter de Gruyter, 2001, p.105; en sentido similar el mismo autor, "Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht". En: KEMPF, Eberhard/LÜDERSSEN, Klaus/VOLK, Klaus (ed.). Unternehmensstrafrecht. Berlin: de Gruyter. 2012, p. 205 (Introducción de responsabilidad jurídico penal por

no significa, claro está, que el legislador, siempre que cuente con legitimación democrática (lo que visto desde una perspectiva global no se puede exigir con facilidad en todos los casos), no deba observar ciertos límites. Él se encuentra obviamente sometido a la Constitución y a los derechos fundamentales allí contenidos, a la prohibición de arbitrariedad y a nivel supranacional a los derechos humanos;[90] pero no a criterios de una supuesta lógica objetiva de carácter dogmático, mientras éstos no se puedan desprender de la Constitución o del Derecho Internacional.

La pérdida de importancia de la ciencia jurídico penal alemana se puede explicar igualmente a partir del dominio creciente del inglés[91] y de la pérdida de relevancia del idioma alemán que lo acompaña, incluso en el campo del Derecho.[92] En este espacio no se puede resaltar lo suficiente la importancia del idioma para una ciencia que se basa en el lenguaje, como la ciencia jurídica. De hecho, este tema necesitaría de un tratado particular.[93] Pero, en todo caso, aquí deben bastar algunas consideraciones. En primer lugar se debe hacer nuevamente la siguiente diferencia: también desde este punto de vista la situación es mucho más favorable para la ciencia jurídico penal alemana en los ordenamientos jurídicos afines al Derecho Penal de dicho país (como sucede en los ámbitos español, portugués e italiano) que en el ámbito angloamericano, dado que en aquellos ordenamientos jurídicos existen, por un lado, un sin número de traducciones (a pesar de que algunas son de dudosa calidad) y, por otro lado, la mayoría (aunque con tendencia a disminuir) de los Profesores de Derecho Penal activos en dichos lugares manejan en alguna medida el idioma alemán, de manera que el Derecho Penal alemán se recibe allí por doble vía. Empero, esto es completamente diferente en el mundo jurídico angloamericano, respecto del cual se puede afirmar casi con seguridad que no se

asociación "sin estar vinculado a ninguna dogmática en particular" ["ohne an eine bestimmte Dogmatik gebunden zu sein"], 207 ("Entre las fronteras de los derechos humanos y fundamentales y de la prohibición de arbitrariedad el Derecho puede determinar por sí mismo quien es el sujeto final de imputación de un comportamiento relevante desde el punto de vista jurídico penal" ["In den Grenzen der Grund- und Menschenrechte und des Willkürverbots kann das Recht 'selbstherrlich[e]' bestimmen, wer Zurechnungsendpunkt eines strafrechtlich relevanten Verhaltens ist"]).

[90] Naturalmente, esto fue reconocido por Vogel (ibíd., p. 207: "Entre las fronteras de los derechos humanos y fundamentales"), de ahí que la crítica de Schünemann (SCHÜNEMANN, *supra* nota 41, p. 275 con nota 12), la cual ignora precisamente esta parte de la afirmación de Vogel, no tenga fundamento.

[91] Ver sobre el dominio del inglés VON BOGDANDY, *supra* nota 85, p. 3 ("el idioma dominante en el discurso europeo en la mayoría de disciplinas jurídicas" ["für den europäischen Diskurs in den allermeisten juristischen Disziplinen die maßgebliche Sprache"]; BOHLANDER, Michael. Language, Culture, Legal Traditions, and International Criminal Justice. *JICL* [en línea]. 12, 2014, p. 491 (491 ss.) ("lingua franca in international legal academic and practical dialogue" con especial referencia a los tribunales penales internacionales).

[92] Algo diferente VOGEL, *supra* nota 2, p. 28.

[93] Por ejemplo SACCO, *supra* nota 71, p. 33 ss.

conocen publicaciones en materia de Derecho Penal escritas en alemán (o en cualquier otra lengua extranjera) y que adicionalmente apenas si existen traducciones. De todas formas es bastante dudoso que las publicaciones alemanas sobre Derecho Penal puedan ser "traducidas" al idioma inglés, ya que éste no dispone en absoluto de conceptos comparables con las categorías alemanas, al contrario de lo que sucede en los ordenamientos jurídicos tradicionalmente influenciados por Alemania. En este sentido basta con pensar en conceptos sistémicos como tipo penal, dolo, injusto, culpabilidad o bien jurídico. Según mi experiencia se puede encontrar mayor receptividad en el ámbito angloamericano cuando uno se comunica directamente en inglés, ya que las traducciones por lo general no son adecuadas y por esta razón no resultan favorables a la hora de dar a conocer en otros contextos la ciencia jurídico penal alemana.[94]

La ventaja idiomática del Derecho Penal angloamericano es reforzada mediante una política científica exterior enfocada en la exportación. La exportación del Derecho (Penal) es en estos países parte de la política exterior y de desarrollo.[95] Docentes universitarios ("*academics*") se vinculan estratégicamente en proyectos de reforma de sistemas jurídicos extranjeros implementados por las organizaciones de cooperación internacional. Además, juristas de otras latitudes son, en estos casos, familiarizados con el Derecho de los estados donantes mediante eventos atractivos realizados por éstos. Adicionalmente, por medio de mecanismos flexibles de integración de "prácticos" en las universidades, especialmente en los Estados Unidos (por ejemplo a través de los "*clinical profesorships*"), se produce un engranaje e intercambio estrechos entre teoría y práctica, que el sistema universitario alemán tradicional con los "encargos" para "prácticos" (*Lehraufträge*)[96] no puede alcanzar.

---

[94] Como ejemplo se puede hacer referencia a la dificultad que existe para traducir al inglés el concepto de "bien jurídico" ("Rechtsgut"). La traducción literal correcta sería "legally protected good", pero, ¿esto lo entendería un colega angloamericano? En cambio, un profesor alemán de Derecho Penal asociaría la expresión "legal interest", la cual es quizá más entendible, con el debate sobre la teoría de los intereses ("Interesenlehre") que tuvo lugar en el siglo XIX en Alemania (ver BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Band I. Leipzig: Engelmann, 1872, p. 189 "Contradicción de 'intereses jurídicos' [Widerspruch zu "Interessen des Rechts"] y VON LISZT, Franz. Der Zweckgedanke im Strafrecht. *ZStW* [en línea]. Band 3, Heft 3, p. 1 (19)). En todo caso, la traducción de "gesetzgebungskritischer Rechtsgutsbegriff" como "Legislation Critical Concept of Goods-in-Law" resulta completamente incomprensible y equívoca; así ROXIN, Claus. The Legislation Critical Concept of Goods-in-Law under Scrutiny. *EUCLR* [en línea]. Band 3, Heft 1, p. 3.

[95] Ver la posición antes citada del Prof. Weimin Zuo en la nota 26.

[96] Nota del traductor: "Lehraufträge" hace alusión a los casos en los que en una universidad alemana "encarga" excepcionalmente a una persona que no tiene el título de "Professor" o "catedrático" (dado que no ha elaborado un trabajo de habilitación o "Habilitationsschrift"), para que dicte un determinado curso o seminario. Esto sucede debido a que el curso o seminario se orienta a un tema especializado y el docente encargado cuenta con amplia experiencia práctica en ese campo. Esta figura se diferencia del "Privatdozent", la cual se refiere a docentes que si bien han realizado un "Habilitationsschrift" no son titulares de una cátedra, es decir, no dirigen un departamento como funcionarios de planta en una universidad.

Así pues, la ventaja decisiva de los colegas del ámbito angloamericano, especialmente en los Estados Unidos, es probablemente la existencia de una política pública de exportación del Derecho a la que ellos no solamente están vinculados, sino además a cuya configuración contribuyen activamente.

C. Cambios

Si la ciencia jurídico penal alemana realmente quiere hacer frente a los retos internacionales necesita cambios estructurales. La apertura metodológica ["*methodologische Öffnung*"][97] exigida por Kühl y respaldada por Vogel implica la disposición a mantener un diálogo no solo con ordenamientos jurídicos afines, sino también y sobre todo con sistemas ajenos. Este intercambio debe estar orientado al análisis de los resultados de la aplicación del Derecho y debe depender en mayor medida de argumentos racionales y de la discusión sobre problemas sociales que de categorías dogmáticas anticuadas o de una forma de pensar en exceso sistemática y rígida.[98] El estilo de pensamiento dogmático tradicional, que a través de la referencia al Derecho vigente[99] insiste en su independencia y es estructuralmente afirmativo,[100] debe entonces ser superado y reemplazado por otras formas de pensamiento, o al menos complementado por éstas,[101] si es que la ciencia jurídico penal alemana no quiere morir a nivel europeo y global en el intento de mantener su "belleza dogmática".[102] Como lo ha afirmado con razón el Ministro Federal de Justicia alemán, "no debemos suponer que el resto del mundo solo espera a ser bendecido con la dogmática alemana".[103] De cualquier manera, la preservación del entendimiento específico alemán de la ciencia jurídico penal no puede constituir un fin en sí mismo. Esto solo se justifica en la medida en que la perspectiva "alemana" pueda realizar aportes constructivos a la solución de los problemas más urgentes de la creciente internacionalización del Derecho Penal.[104]

Adicionalmente, se debe reconocer, en especial por quienes se ocupan de la aplicación práctica del Derecho, que la forma de pensamiento sistemático deductivo tiene límites cuando se trata de la resolución concreta de casos y que el

---

[97] Ver KÜHL, Kristian. Europäisierung der Strafrechtswissenschaft. *ZStW* [en línea]. Band 109, Heft 4, p. 777 (801); VOGEL, *supra* nota 6, p. 522 ss., el mismo autor, *supra* nota 2, p. 30; DONINI, *supra* nota 1, p. 28.

[98] Sobre "pensamiento problema" en vez de "pensamiento sistema" ver VOGEL, *supra* nota 6, p. 523.

[99] Ver *supra* nota 8.

[100] Ver LEPSIUS, *supra* nota 4, p. 75 con referencias a *Eifert*, *Jestaedt* y *Stürner* en notas al pie 75-78.

[101] Ibíd., p. 73-75, 90-92.

[102] Ibíd., p. 87.

[103] ["wir dürfen nicht davon ausgehen, dass der Rest der Welt nur darauf wartet, mit deutscher Dogmatik beglückt zu werden"] MAAS, *supra* nota 15, p. 309.

[104] Similar VON BOGDANDY, *supra* nota 39, p. 150 con relación a la preservación de la ciencia jurídica alemana como "fin en sí mismo" ["Ziel an sich"].

método inductivo[105] al final prevalece, incluso en un ordenamiento jurídico como el alemán marcado por una teoría sistemática del delito. De hecho, en dicho contexto la formación de nuevas generaciones de juristas se enfoca precisamente en la técnica del análisis de casos (para lo cual ningún caso puede ser igual a otro). Frente a esta situación no se puede responder con el reproche de que en la práctica la aplicación del Derecho tiene lugar al margen de la dogmática, lo cual resulta bastante arrogante, ni rechazando de plano teorías extranjeras,[106] sino mediante la comprobación de la idoneidad práctica de las construcciones y categorías dogmáticas. Esto supone en especial tener en cuenta la comprobabilidad empírica de dichas categorías, así como su comprobación por medio de los métodos de la criminología aplicada,[107] en todo el sentido de una verdadera ciencia general jurídico penal.[108]

Más aún, el discurso dogmático de la ciencia jurídico penal se debe esforzar para poder ser *entendido con mayor facilidad* y así poder ser traducido o transmitido en otros idiomas y ordenamientos jurídicos. En este sentido vale la pena la siguiente autoreferencia: desde el año 2002 con relación a la parte general del Derecho Penal Internacional y haciendo alusión a *Jareborg*[109] no solamente defendí la opinión de que en el marco del Derecho Penal Internacional un sistema del hecho punible podría reclamar validez universal desde el punto de vista de la teoría de las fuentes del Derecho, sino que también afirmé que para esto dicho sistema debería ser comprensible y capaz de dar resultados satisfactorios.[110] Esto mismo se puede

---

[105] Sobre esta contraposición VOGEL, *supra* nota 6, p. 524.

[106] Comparar con nota 41 y texto principal.

[107] Ver DONINI, *supra* nota 1, p. 23 s., 25 (reclamando un "verdadero enfoque en los efectos" y una verdadera "verificación" por medio de conocimiento empírico). También JAREBORG, *supra* nota 4, p. 50 (para quien la posibilidad de "critical analysis", es decir de comprobación, constituye una condición de la ciencia).

[108] En Alemania, así como en Europa e incluso tal vez a nivel mundial, esta pretensión podía ser desarrollada (y aún debería poder serlo) siempre de la mejor manera en el Instituto Max Planck de Friburgo para Derecho Penal Internacional y Extranjero; en este sentido ver por ejemplo el título programático de la obra homenaje al Profesor Hans-Heinrich Jescheck citada *supra* en la nota 35 ("Derecho Penal y Criminología bajo un mismo techo" ["Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach"]), también SIEBER, *supra* nota 35, p. 125 s. Si esta pretensión realmente ha sido cumplida por el Instituto bajo las distintas direcciones conjuntas (Direktorentandems), es algo que otros deben juzgar.

[109] JAREBORG, Nils. Some Comments Remarks on the General Part of Professor Bassiouni's Draft International Criminal Code. *RIDP* 52, 1981, p. 520 ("The important thing is to have a general part that is simple and easy to apply and at the same time conceptually rich enough to enable a judge to make all those distinctions that must play a role in the administration of criminal justice").

[110] AMBOS, *supra* nota 40, p. 54 ("Apertura frente a diferentes ordenamientos jurídicos así como comprensibilidad y practicabilidad de las reglas propuestas son las condiciones fundamentales para que una parte general pueda merecer y esperar aceptación en el Derecho Penal Internacional" ["Offenheit gegenüber unterschiedlichen Rechtsordnungen sowie Verständlichkeit und Praktikabilität der vorgeschlagenen Regelung sind also die Grundvoraussetzungen eines Allgemeinen Teils, der völkerstrafrechtliche Akzeptanz verdient und erwarten darf "]).

afirmar con relación a una eventual parte general del Derecho Penal europeo y en general al Derecho comparado (sobre este último aspecto se hablará más adelante). En otras palabras, quien realmente esté interesado en un discurso jurídico penal que trascienda fronteras, es decir, en una gramática universal del Derecho Penal, debería entonces partir de categorías y estructuras formuladas de la manera más sencilla posible, ya que solo de esta forma puede existir un fundamento común que posibilite el entendimiento mutuo.[111] Esto acontece en mayor medida en el marco de la jurisprudencia supranacional de los tribunales internacionales o en ordenamientos jurídicos nacionales, en donde la producción del Derecho tiene lugar sobre todo a través de los jueces mismos, bien sea sobre la base de especificaciones legislativas y/o por medio de su desarrollo posterior.[112]

Esto también tiene consecuencias en la *discusión sobre el idioma*, a la cual ya se hizo referencia. Si es cierta la objeción que plantean algunos profesores alemanes de Derecho Penal según la cual, las ideas altamente complejas de la dogmática jurídico penal alemana no se pueden traducir al idioma inglés, es entonces el momento de reflexionar si el problema radica realmente en este idioma o si más bien la razón se debe buscar en la dificultad intrínseca de estas ideas para ser transmitidas y en su poca plausibilidad. En este mismo sentido Vogel afirmó anticipadamente: "Si bien no todas las sutilezas de la dogmática jurídico penal alemana se dejan traducir a todos los idiomas extranjeros, particularmente al inglés, lo que yo sin embargo ni siquiera puedo parafrasear en otros idiomas, da lugar a reflexionar no solamente sobre su capacidad para ser aceptado a nivel internacional y europeo, sino también sobre su corrección".[113]

Vogel también reclamó la intensificación del *Derecho comparado*.[114] Al respecto es necesario insistir, en que éste no se debe llevar a cabo desde la perspectiva

---

[111] De la misma manera DONINI, *supra* nota 1, p. 31 con nota 52 ("partir de estructuras y categorías conceptuales más sencillas … o de principios político criminales o constitucionales comunmente reconocidos" ["von einfacheren begrifflichen Strukturen und Kategorien … oder von allgemein anerkannten verfassungsrechtlichen oder kriminalpolitischen Grundsätzen auszugehen "]; contra Silva Sánchez).

[112] Con relación al Derecho Penal Internacional ver en este sentido DARCY, Shane/POWDERLY, Joseph. *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2010; sobre Derecho europeo MÜLLER, Friedrich/CHRISTENSEN, Ralph. *Europarecht*. Band II: Europarecht, 3. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot, 2012, p. 194 ss. (p. 527: "Producción del Derecho en colaboración con el legislativo" ["Rechtserzeugung in Zusammenarbeit mit der Legislative"]).

[113] ["Zwar mögen sich nicht alle Feinheiten der deutschen Strafrechtsdogmatik in alle fremde Sprachen und namentlich ins Englische übersetzen lassen; was ich aber in anderen Sprachen nicht einmal umschreiben lässt, gibt Anlass, nicht nur über seine internationale und europäische Anschlussfähigkeit, sondern auch über seine sachliche Richtigkeit nachzudenken"] VOGEL, *supra* nota 2, p. 28.

[114] VOGEL, *supra* nota 2, p. 28; antes también VON BOGDANDY, Armin. Deutsche Rechtswissenschaft *op. cit.* p. 4 (Derecho comparado como "Oficio de la época" ["Beruf der Zeit"]); sobre el aumento en general de la importancia del Derecho comparado ver SIEBER, *supra* nota 35, p. 80 ss. (con cinco

dogmática nacional,[115] sino desde un punto de vista funcional; es decir, orientado al análisis de problemas comunes en los ordenamientos jurídicos objeto de comparación, para establecer el rol o la función cumplida por las instituciones jurídicas existentes en cada contexto con miras a la solución de dichos problemas y así hacer posible la comparación entre las instituciones (funcionalmente) equivalentes de ordenamientos jurídicos ajenos, sin la carga o preconceptos dogmáticos del sistema jurídico propio.[116] Adicionalmente, se debe tener en cuenta que un método basado en el estudio de casos permite establecer con mayor exactitud las diferencias entre distintos sistemas jurídicos a nivel de la aplicación del Derecho,[117] en todo el sentido del ya mencionado método inductivo.[118] Naturalmente, desde el punto de vista funcional también se debe observar el contexto cultural y social[119] en el que operan las instituciones jurídicas específicas.[120] En este sentido también aquí se debe proceder de manera empírica[121] y, al contrario de la usual implementación automática de instituciones foráneas,[122] según el caso se debe realizar la adaptación de estas instituciones a cada

razones); también SIEBER, Grenzen nta al pie 35, p. 52 ss; VON BOGDANDY, *supra* nota 39, p. 144-146 (en especial con relación al Derecho de la UE).

[115] Por ejemplo JESCHECK, Hans-Heinrich. *Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung*. Tübingen: Mohr, 1955, p. 36 ss. Jescheck proponía partir del punto de vista dogmático o político criminal propio (primer nivel), para interpretar posteriormente el Derecho extranjero (segundo nivel), después sistematizar (tercer nivel) y finalmente valorar desde el punto de vista político y jurídico (cuarto nivel). Crítico, con razón, por ejemplo NELLES, Ursula. “Rechtsvergleichung per Internet?”. En: ARNOLD, Jörg/BURKHARDT, Björn y otros (ed.). Menschengerechtes Strafrecht. München: C.H. Beck, 2005, p. 1005 (1009).

[116] Ver AMBOS, *supra* nota 40, p. 44 s.; fundamental MICHAELS, Ralf. “The Functional Method of Comparative Law”. En: REIMANN, Mathias/ZIMMERMANN, Reinhard. The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford: Oxford Univ. Press, 2006, p. 339 ss. (crítico frente al uso ambiguo y a menudo arbitrario del concepto como “shorthand for traditional comparative law” (p. 341) y “triple misnomer” (p. 342) y en lugar de esto a favor de un “more robust functional method” sobre la base de un “equivalence functionalism” y de una “epistomology of constructive functionalism” (p. 381); ver también SIEBER, *supra* nota 35, p. 112-114, con una innovadora propuesta de una teoría del Derecho comparado p. 126-129, cuya mayor elaboración aún está pendiente (ver más adelante nota 139); abogando por mayor desarrollo KUBICIEL, *supra* nota 71, p. 222.

[117] Ver también SIEBER, *supra* nota 35, p. 118.

[118] Ver *supra* nota 105 y texto principal.

[119] Con material ilustrativo JUNG, *supra* nota 71, p. 1475 ss.

[120] Sobre los factores que caracterizan un ordenamiento jurídico, bien sean verbalizados (“Formanten”) o implícitos (“Kryptotypen”), ver SACCO, *supra* nota 71, p. 59 ss., 61 s., 74.

[121] Ver *supra* nota 107 y texto principal. Sobre Derecho comparado con enfoque empírico ver por ejemplo SACCO, *supra* nota 71, p. 65; NELLES, *supra* nota 115, p. 1013 ss.; MICHAELS, *supra* nota 116, p. 342 (“functionalist comparative law is factual”).

[122] Al respecto ver WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974; crítico sobre la imposición de Derecho Penal extranjero ESER, *supra* nota 35, p. 1459 s.

contexto.[123] El método funcional permite tener en cuenta las particularidades culturales,[124] sin predicar un Derecho comparado demasiado ambicioso concentrado en exceso en el estudio de cada cultura ["*eine kulturbezogene Strafrechtsvergleichung*"].[125]

Por otro lado, en tiempos de los tribunales penales internacionales el método funcional del Derecho comparado no debe ser implementado solo de manera horizontal comparando Estados. También se debe indagar, desde una perspectiva vertical, en qué medida la jurisprudencia de los tribunales internacionales se ha visto influenciada por el Derecho interno y, al contrario, de qué forma éste último ha sido influenciado por el Derecho Internacional.[126] En este sentido es posible hablar de un *Derecho comparado con carácter circular*, el cual resulta más adecuado que el muy ambicioso enfoque tradicional[127] para desarrollar principios y reglas realmente

---

[123] Sobre la dependencia del contexto y la exigencia de cambios en la teoría cuando ésta es aplicada en ordenamientos jurídicos diferentes ["Kontextwechsels der Theorien"] ver YAMANAKA, Keiichi. "Wandlung der Strafrechtsdogmatik nach dem 2. Weltkrieg". En: JEHLE, Jörg-Martin/LIPP, Volker/YAMANAKA, Keiichi (ed.). Rezeption und Reform im japanischen und deutschen Recht. Göttingen: Univ.-Verl. Göttingen, 2008, p. 173 (174 s.); sobre comparación de estructuras (Strukturvergleichung) en este sentido SIEBER, Ulrich. Strafrechtsvergleichung *op. cit.* p. 116 s.

[124] De la misma manera MICHAELS, *supra* nota 116, p. 362, 365, 381; KUBICIEL, *supra* nota 71, p. 214.

[125] BECK, *supra* nota 71, p. 65 ss.; crítico FATEH-MOGHADAM, Bijan. "Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung". En: BECK y otros (ed.), *supra* nota 46, p. 49 s.; reconciliando ambas posiciones PERRON, Walter. "Operativ-funktionalistische oder kulturbezogene Strafrechtsvergleichung". En: Ibíd, p. 121 ss. (por medio de la diferenciación entre el enfoque operativo-funcionalista en el marco del análisis comparado del Derecho a nivel legislativo y el enfoque dirigido a la comparación de culturas en la unificación del Derecho Penal a nivel internacional); también mediando KUBICIEL, *supra* nota 71, p. 216 (comparación parcial de la cultura [partieller Kulturvergleich]).

[126] Ver SHELTON, Dinah. *International law and domestic legal systems*. Oxford: Oxford Univ. Press, 2011; KRISTJÁNSDÓTTIR, Edda/NOLLKAEMPER, André/RYNGAERT, Cedric. *International Law in Domestic Courts*. Cambridge: Intersentia, 2012; con relación a la influencia del Derecho Penal Internacional a nivel doméstico ver BURKE-WHITE, William. The Domestic Influence of International Criminal Tribunals. *Colum. J. Transnat'l L* [en línea]. 46, 2007-2008, p. 279; KIRS, Eszter. Limits of the Impact of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia on the Domestic Legal System of Bosnia and Herzegovina. *GoJIL* [en línea]. 3, 2011, p. 397; HOROVITZ, Sigall. How International Courts Shape Domestic Justice. *Isr. L. Rev.* [en línea]. 46, 2013, p. 339 ss.; NAOMI, Roht-Arriaza. Just a 'Bubble'?. *JICJ* [en línea]. 11, 2013, p. 537 ss.; SHANY, Yuval. How Can International Criminal Courts Have a Greater Impact on National Criminal Proceedings?. *Isr. L. Rev.* [en línea]. 46, 2013, p. 431 ss.

[127] Cuyo objetivo de incluir en principio todos los ordenamientos jurídicos del mundo (en este sentido sobre el Derecho Civil ver RABEL, *supra* nota 69, p. 283: "Mil veces matizado y citado bajo el sol y el viento el Derecho de cada pueblo desarrollado. Todos estos cuerpos vibrantes juntos constituyen un todo comprensible para cualquiera con intuición" ["Tausendfältig schillert und zitiert unter der Sonne und Wind das Recht jedes entwickelten Volkes. Alle diese vibrierenden Körper zusammen bilden einen noch von niemandem mit Anschauung erfasstes Ganzes"]) es, por muchas razones, muy difícil de realizar, particularmente debido a que el Derecho comparado clásico, el cual curiosamente ha formulado esta pretensión, tenía un enfoque demasiado eurocentrista (muy poco crítico en este sentido SIEBER, *supra* nota 35, p. 111 s., quien en todo caso y con razón señala el

universales que tengan como fuente la jurisprudencia supranacional misma.[128] Este enfoque circular también tiene en cuenta las nuevas estructuras de gobierno, sobre todo como se han construido en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, ya que permite entender de una mejor manera al nivel supranacional como nivel autónomo de producción de normas jurídicas.[129]

Naturalmente, dicho análisis comparado del Derecho Penal no debe ser puramente instrumental ni su valoración puede depender únicamente de sus resultados.[130] Por el contrario, éste se debe orientar, en cuanto Derecho comparado valorativo (*wertende Rechtsvergleichung*)[131] y al igual que lo debe hacer el legislador democrático,[132] por las decisiones axiológicas constitucionales que en términos de derechos humanos han adoptado los Estados liberales de Derecho.[133] Éstas constituyen únicamente decisiones sobre valores fundamentales que tienen lugar en un meta-nivel y que por tanto se deben especificar de manera intersubjetiva en el marco de

problema de sistematización, p. 114-116, el cual probablemente en efecto solo se puede superar con ayuda de medios informáticos; sobre Derecho comparado apoyado en medios informáticos ver, aunque solo rudimentariamente, Ibíd, p. 124 s.).

128 Ver en general sobre la relación entre Derecho comparado y jurisprudencia internacional RABEL, *supra* nota 69, p. 5 ss.; sobre Derecho comparado como fuente de la jurisprudencia internacional BOTHE, Michael. Die Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Praxis internationaler Gerichte. *ZaöRV* [en línea]. 36, 1976, p. 280; más específico sobre el desarrollo de principios generales en la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales RAIMONDO, Fabián. *General principles of law in the decisions of international criminal courts and tribunals*. Leiden: Nijhoff, 2008, p. 84 ss.

129 Sobre la necesidad de enfoques multidisciplinarios MEYER, Frank. "Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung". En: BECK y otros (ed.), *supra* nota 46, p. 90 ss.

130 Crítico en este sentido VOGEL, *supra* nota 46, p. 207; posteriormente HAUCK, Pierre. "Funktionen und Grenzen des Einflusses der Strafrechtsvergleichung auf die Strafrechtsharmonisierung in der Europäische Union". En: BECK, y otros (ed.), *supra* nota 46, p. 260; KUBICIEL, *supra* nota 71, p. 218 s.; ESER, *supra* nota 35, p. 1460; ver también MICHAELS, *supra* nota 116, p. 351.

131 Sobre este concepto, que aún debe ser aclarado, ver JUNG, Heike. Wertende (Straf-) Rechtsvergleichung. *GA* 152, 2005, p. 1 ss.; en contra de realizar valoraciones (Wertung) como parte del Derecho comparado (lo cual pertenece a la crítica del Derecho que "la comparación hace posible" ["durch sie ermöglichten Rechtskritik"]) RABEL, *supra* nota 69, p. 280 (ver sin embargo p. 286 ss., en donde él reclama mayor crítica del Derecho, así como mayor consideración de aspectos políticos y de mejora del ordenamiento jurídico); fundamental al respecto y sobre la historia del concepto ver ESER, *supra* nota 35, p. 1443 ss., 1450 ss.; sobre Derecho Penal comparado y comparación de valores ("wertvergleichende Strafrechtsvergleichung") SIEBER, *supra* nota 35, p. 119 ss.; sobre "values" y "evaluation" en la dogmática jurídica JAREBORG, *supra* nota 4, p 57.

132 Ver *supra* nota 90 y texto principal.

133 Para un fundamento axiológico a partir de los derechos humanos ver también JUNG, Heike. *Sanktionensysteme und Menschenrechte*. Bern: Haupt, 1992, p. 43-48; SIEBER, *supra* nota 35, p. 121 s. ("Orientación al ser humano en una sociedad abierta y así al principio general de la libertad" ["Ausrichtung auf den Menschen in einer offenen Gesellschaft und damit auf das allgemeine Freiheitsprinzip … "]); también ESER, *supra* nota 35, p. 1463 s.; antes también AMBOS, *supra* nota 40, p. 45.

un proyecto de investigación comparativo concreto.[134] El análisis comparado del Derecho Penal así entendido (más allá de la clásica distinción entre Derecho Penal comparado teórico, legislativo y judicial)[135] puede ser considerado entonces y sin lugar a dudas como el método de la dogmática jurídico penal.[136] Se trata, por consiguiente, de establecer los fundamentos[137] y de investigar los efectos de las instituciones jurídicas en diferentes sociedades y su posible validez intercultural,[138] como parte del camino (desde luego pedregoso) hacia una ciencia jurídico penal universal.[139]

Finalmente, en lo que concierne al *tipo y forma del discurso de la ciencia jurídico penal*, se debe llamar nuevamente la atención sobre la crítica a la *aristocracia penal*, ya que es aquí en donde probablemente dicha crítica es más pertinente. La apertura hacia afuera, es decir frente a ordenamientos jurídicos extranjeros, por la que se aboga en este texto, no solamente supone un conocimiento mínimo previo (en este sentido el Derecho Penal comparado también constituye un método empírico-normativo

134 Ver SIEBER, *supra* nota 35, p. 119-123 (separando acertadamente las preguntas previas de la valoración como tal: (1) comparabilidad del objeto de regulación (situación problemática comparable), (2) comparabilidad de los parámetros de evaluación y (3) comparación de las reglas concretas); también SIEBER, Grenzen *supra* nota 35, p. 53 ss.; crítico desde la perspectiva de un Derecho Penal comparado "evaluativo-competitivo" ESER, *supra* nota 35, p. 1446, 1449 ss., haciendo referencia a un Derecho comparado cuyos "objetivos propuestos … pueden abarcar desde la valoración neutral hasta la competencia impulsada por intereses …" ["Zielsetzungen … von neutraler Wertung bis zu interessengeleitetem Wettbewerb reichen können…"] (p. 1453, con más detalle 1454 ss.) y diferenciando entre funciones y métodos (p. 1450 ss, 1460 ss.); crítico sobre las posibilidades limitadas de la valoración por medio del método funcional MICHAELS, *supra* nota 116, p. 342, 373 ss., 375.

135 Al respecto ESER, Albin. "Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung". En: ALBRECHT, Hans-Jörg, entre otros (ed.). Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Band 2. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, p. 1506 ss.

136 Ver DONINI, *supra* nota 1, p. 30.

137 Sobre Derecho Penal comparado como forma de indagar fundamentos SIEBER, *supra* nota 35, p. 94 s., 109 s.; como asignatura fundamental desde una perspectiva histórica KOCH, *supra* nota 34, p. 1485 ss.

138 Sobre el "principio de generalización" ["Verallgemeinerungsprinzip"] en este contexto, el cual hace referencia a la posibilidad de generalizar a nivel transnacional ideas o instituciones jurídicas ver VON BOGDANDY, *supra* nota 85, p. 4.

139 SIEBER, *supra* nota 35, p. 129 s., frente a lo cual se debe permitir preguntar, qué ha sucedido con el ambicioso "Sistema de Informaión-Max Planck para el Derecho Penal Comparado" ["Max-Planck-Informationssystem für Strafrechtsvergleichung"] (Ibíd., p. 124, 129). De la página web del Instituto Max Planck se desprende, que en el marco del proyecto que ha transcurrido desde el 2004 hasta el 2015 han sido analizados 25 ordenamientos jurídicos con relación a distintos problemas de la parte general del Derecho Penal y que han aparecido varios volúmenes; sin embargo, la información (aún?) no es accesible de manera virtual (como los conceptos "Informationssystem" o "virtuelles Institut" permiten suponer), ver: https://www.mpicc.de/de/forschung/forschungsarbeit/strafrecht/vi.html (fecha de consulta: 23.06.2015). La idea original del proyecto fue presentada en el Instituto en el año 2002 por Ursula Nelles por invitación del Director de ese entonces Eser, ver NELLES, *supra* nota 115, p. 1005 s. con nota 1, 1016 s.

idóneo para la adquisición de información),[140] sino que también exige sobre todo la disposición para hacer parte de un discurso democrático y libre de jerarquías sobre la calidad del argumento del contrario, independientemente del estatus y de la procedencia de los interlocutores. Lo que a nivel legislativo (jurídico y político) constituye la legitimación procedimental a través del entendimiento mutuo (dado el caso recurriendo a la teoría del discurso de Habermas),[141] equivale en contextos académicos, por ejemplo en el más bien apolítico microcosmos del seminario o *workshop*, a la discusión en principio libre de relaciones de poder, en donde el objetivo es el entendimiento comunicativo en torno a argumentos racionales en vez de la afirmación de estatus.[142] Esto se puede lograr, tal como lo muestra la práctica académica angloamericana,[143] por medio de pequeños cambios metodológicos y prácticos, como por ejemplo con la abolición de la (en muchos casos leída) clase magistral, o por lo menos con la reducción en los diferentes eventos académicos del tiempo de exposición en favor del aumento del tiempo de discusión de las tesis relevantes, incluyendo comentarios realizados por investigadores "junior" sobre artículos o textos escritos por investigadores "senior".[144] Más aún, en lo que tiene que ver con las publicaciones académicas, la introducción generalizada del sistema de doble revisión ciega de pares puede hacer que la atención se centre más en la calidad de las contribuciones (artículos, capítulos de libro, etc.), dejando de lado el estatus o procedencia de los autores, dado que, en concreto, quien no entrega una contribución a los profesores editores de una revista científica especializada de forma anónima está sometido a una preselección, de la que los editores difícilmente pueden escapar, en la que el estatus y la procedencia del autor se convierten en criterios determinantes. Esto solo se puede evitar si las contribuciones son entregadas de forma anónima, por ejemplo mediante un servidor web, e igualmente son evaluadas de forma anónima por pares académicos. Por otro lado y para terminar, la recepción de la avalancha de literatura científica se podría facilitar, si los *abstracts* que resumen las tesis

[140] Ver DONINI, *supra* nota 1, p. 32.

[141] Ver en este sentido VOGEL, *supra* nota 89, p.110 ss.

[142] En este sentido VOGEL, *supra* nota 6, p. 523 ("poder del mejor argumento" ["Kraft des besseren Arguments"]).

[143] Similar VON BOGDANDY, *supra* nota 85, p. 3 ("En general, la ciencia continental podría sacar provecho del estilo discursivo anglosajón" ["Insgesamt dürfte die kontinentale Wissenschaft vom diskursiveren angelsächsischen Stil profitieren"]).

[144] Más concreto aún con base en mi experiencia en los Estados Unidos: envío previo de los papers y cinco minutos para que los expositores resuman las tesis principales, con crítica subsiguiente de un comentador designado con anterioridad y finalmente apertura de la discusión con los demás participantes del evento en forma de seminario o workshop.

principales fueran introducidos en las publicaciones académicas alemanas de manera obligatoria.[145]

***

Todas estas son con seguridad reflexiones controvertidas y en parte también provocadoras, pero estoy seguro de que encontrarían en buena medida la aprobación de Joachim. Lamentablemente, él ya no las puede defender con el poder de convicción que le era propio.

145 Aquí la ciencia jurídico penal alemana también se queda atrás frente a los ámbitos con los que tradicionalmente ha sido más afín, como lo muestran las revistas sobre Derecho Penal en español, las cuales, en su mayor parte, incluyen normalmente *abstracts* incluso en varios idiomas (aunque en ocasiones con un inglés deficitario).

II. La Constitucionalización de los Fundamentos del Derecho Penal alemán

Christoph Burchard[*]

1. Introducción: Los fundamentos constitucionales del Derecho penal y los fundamentos generales de la constitucionalización del Derecho penal

Mientras durante décadas las ciencias penales alemanas se han dedicado a la dogmática pre- y extra-constitucional se puede observar una influencia creciente del derecho constitucional sobre la teoría y la práctica del derecho penal. Tanto más importante es la examinación de la constitucionalización de los fundamentos del derecho penal. Bajo el *concepto de los fundamentos* del Derecho penal entiendo los principios generales y las doctrinas, que guían o deberían guiar al legislador penal y a quien aplique el Derecho penal. Por esto forman parte de la Parte General, como

[*] Este artículo se basa en la presentación dada en el marco de la Segunda Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática Penal alemana el 16 de septiembre de 2013 en Göttingen, Alemania, y en mi contribución "El Principio de Proporcionalidad en el 'Derecho Penal Constitucional', de el Fin de la Teoría del Bien Jurídico Tutelado en Alemania, Ambos/Böhm (Dir./Coord.), Desarrollos Actuales de las Ciencias Criminales en Alemania, Editorial Temis 2012, págs. 29-49. El estilo de presentación oral se mantiene. Por eso, he reducido las referencias a lo más esencial. – Muchas gracias a Michael Juhas y sobre todo a mi esposa Julia Kayser (Universidad de Munich) por su ayuda incalculable en la traducción. Muchas gracias a la Dra. María Laura Böhm por su ayuda en la finalización de este artículo.

sabemos por ejemplo de los manuales de Roxin y Jakobs. Según Roxin[1] del "concepto de delito material" ("materieller Verbrechensbegriff") se puede deducir cómo ha de ser una conducta para que el Estado tenga el derecho de penalizarla. Sobre todo la doctrina del bien jurídico protegido en el derecho penal y el principio de ultima ratio – presuntamente – establecen unos límites al legislador de lo que puede penalizar y lo que debe quedar impune." Según Jakobs[2] también el principio de legalidad y concretamente el principio de determinación/taxatividad (nullum crimen nulla poena sine lege certa) forman parte de la Parte General. Asimismo el principio de culpabilidad (nulla poena sine culpa) establece límites al Derecho penal según la opinión general, y por eso forma parte de la parte general. Todo esto tiene un vínculo estrecho con el Derecho constitucional alemán. Por eso me refiero a los fundamentos constitucionales del Derecho penal. Porque en un Estado de Derecho democrático, el legislador penal ha de respetar los límites impuestos por la constitución, en Alemania por la llamada Grundgesetz (Ley Básica). Además los órganos estatales, sobre todo los jueces, fiscales y policía están sujetos al Derecho y a la ley. Como dice el Art. 20 párrafo 3 de la Constitución Alemana sobre la emanación del Principio del Estado de Derecho: "El proceso legislativo está ligado al ordenamiento constitucional." A la vez, "el poder ejecutivo y la jurisprudencia quedan igualmente sometidos a la ley y al derecho."

Los fundamentos generales de la constitucionalización del Derecho penal tampoco requieren muchas palabras. El concepto de constitucionalización se ha hecho muy popular. Yo lo utilizo de forma analítica para expresar una obviedad: El Derecho penal, de rango inferior, está vinculado a las leyes de rango superior, sobre todo el Derecho europeo y el Derecho constitucional. Esta inferioridad sin embargo ha sido ignorada por parte de la ciencia y la práctica penal alemana y hasta hoy en día a menudo queda olvidada. Se podría decir que la constitucionalización del Derecho penal rompe con el hecho de que el sistema penal estaba encerrado en sí mismo.

La constitucionalización del Derecho penal tiene dos direcciones empíricas: *Primero* el margen legal y los límites de la legislación penal son fijados por el derecho superior. Por eso me centraré en la constitucionalización del concepto material del delito y voy a sostener, que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TCFA) con razón ha rechazado la teoría del bien jurídico protegido. La *segunda* dirección se refiere a la aplicación del Derecho penal vigente por parte de la policía, los fiscales y los tribunales – el Derecho penal no se puede interpretar de forma aislada desde un punto de vista meramente jurídico-penal, sino que hay que tener en cuenta el derecho de rango superior. Por eso en la segunda parte de mi artículo quiero centrarme en los márgenes y los límites de la aplicación constitucional del Derecho penal vigente.

[1] ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Parte I, 4ª ed., 2006, § 2 apartado 1.

[2] JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, 4. Abschnitt.

La constitucionalización del Derecho penal no sólo tiene el efecto de que se tenga que considerar siempre el Derecho constitucional. También conlleva que tribunales que supervisan el cumplimiento de las normas de rango superior ganarían una importancia mayor, tanto en el marco de la legislación penal como acerca de la administración de la justicia penal. En Alemania y Europa eso sucedería sobre todo con el TCFA y con el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, que en los últimos años se han convertido en actores con mucho peso en el sistema jurídico-penal alemán.

Como consecuencia de todo esto, una ciencia penal que quiera ser y que pretenda mantenerse como una ciencia práctica, está obligada a encargarse también de la jurisprudencia de estos tribunales y debe hacer de ésta el punto de partida o el punto de crítica de la fundamentacíon del derecho penal o de la política penal.

2. La constitucionalización del concepto material del delito, o ¿cuáles son los márgenes y los límites de una legislación penal constitucionalizada?

La primera cuestión ha de ser: ¿Cuáles son los márgenes y los límites de una legislación penal constitucionalizada? Esta pregunta a la vez se divide en dos cuestiones: Primero: ¿Qué conductas no pueden ser penalizadas, aunque el legislador quisiera? La constitución alemana responde con el principio de proporcionalidad en el sentido de "Übermaßverbot" (la prohibición de lo demasiado o del exceso).[3] Y segundo: ¿Qué conductas han de ser punibles, aunque el legislador quisiera que fueran impunes? La respuesta constitucional son los deberes de protección constitucionales o la prohibición de lo insuficiente ("Untermaßverbot"), que obligan al legislador a proteger bienes constitucionales específicamente mediante el derecho penal.[4] En este artículo, solo trato la prohibición de penalizar, es decir la prohibición del exceso.[5]

[3] Cfr. en general GRZESZICK, en: Maunz/Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, 2013, Art. 20 GG apartados 107 et. seq.; LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961.

[4] Cfr. en general GRZESZICK, en: Maunz/Dürig, *Grundgesetz-Kommentar*, 2013, Art. 20 GG apartados 126 et. seq. BVerfGE 88, 203 (254 et seq., 262, 304); BVerfGE 96, 409.

[5] Cfr. sobre los deberes de protección o la obligación de penalizar ciertas conductas p. ej. BVerfGE 39, 1 (el axioma primero proclama: „Das sich im Mutterleib entwickelnde Leben steht als selbständiges Rechtsgut unter dem Schutz der Verfassung (Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 1 Abs. 1 GG). Die Schutzpflicht des Staates verbietet nicht nur unmittelbare staatliche Eingriffe in das sich entwickelnde Leben, sondern gebietet dem Staat auch, sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen."); LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, § 11.

A) El principio de proporcionalidad enterrando la teoría del bien jurídico protegido

Se podría decir que el principio de proporcionalidad en los últimos años ha enterrado al bien jurídico protegido, y con toda razón, en mi opinión. El principio de proporcionalidad sostiene que el legislador sólo debe aprobar una ley que contenga una intervención mínima, pero a la vez efectiva. En la práctica del TCFA eso significa que el legislador puede decidir ampliamente sobre la función de las leyes penales, sobrepasando los límites de su *ius puniendi* solamente si su ámbito de discrecionalidad, o sea su prerrogativa de valoración es ampliamente sobrepasada.

En Alemania convencionalmente uno – aunque siendo sinceros debemos decir que solamente en las ciencias penales y allí "sólo" una mayoría – argumenta con ayuda del principio del bien jurídico protegido. Este "dogma del bien jurídico"[6] tiene sus raíces históricas en el siglo XIX, por lo tanto es preconstitucional, y exige que: El Estado debe solamente sancionar la lesión de un bien jurídico. La protección del bien jurídico es "de hecho" la función del derecho penal positivo. Por lo tanto de forma inversa se desprende que: El Estado está inhibido de sancionar siempre y cuando no exista una lesión de un bien jurídico.

Pues, en Alemania el dogma del bien jurídico tutelado es una teoría política-criminal que reduce generalmente y abstractamente (o más bien: que quiere reducir) las posibilidades del legislador de criminalizar conductas (presuntamente) peligrosas. No debe confundirse esta teoría crítica (primero) con la interpretación inmanente y teleológica de las normas de Derecho penal a la luz de los bienes protegidos y (segundo) con la aplicación de normas de Derecho penal abstractamente conforme a la constitución en casos individuales y concretos. Por ejemplo: En Alemania, la impunidad del consumo ocasional de drogas en cantidades mínimas no se deriva de teorías sobre el bien jurídico tutelado, sino del mandato de proporcionalidad de la actuación estatal. Por eso, el TCFA requiere que los órganos de la justicia penal prescindan de la persecución penal en dichos casos individuales.[7]

---

[6] M. HEINRICH, Strafrechts als Rechtsgüterschutz – ein Auslaufmodell?, in: M. Heinrich et. al. (eds.), *FS Roxin*, 2011, págs. 131-154 (132).

[7] BVerfGE 90, 145 (el axioma tercero proclama: „Soweit die Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes Verhaltensweisen mit Strafe bedrohen, die ausschließlich den gelegentlichen Eigenverbrauch geringer Mengen von Cannabisprodukten vorbereiten und nicht mit einer Fremdgefährdung verbunden sind, verstoßen sie deshalb nicht gegen das Übermaßverbot, weil der Gesetzgeber es den Strafverfolgungsorganen ermöglicht, durch das Absehen von Strafe (vgl. § 29 Abs. 5 BtMG) oder Strafverfolgung (vgl. §§ 153 ff StPO, § 31a BtMG) einem geringen individuellen Unrechts- und Schuldgehalt der Tat Rechnung zu tragen. In diesen Fällen werden die Strafverfolgungsorgane nach dem Übermaßverbot von der Verfolgung der in § 31a BtMG bezeichneten Straftaten grundsätzlich abzusehen haben.").

No quiero seguir criticando la teoría del bien jurídico protegido en este sentido político-criminal, porque no se debe hablar mal de un muerto. Cómo constató el TCFA en 2008:

"Las normas penales están sujetas a la Constitución ya que no hay ningún requerimiento que se pueda derivar de la teoría del bien jurídico en materia penal."[8]

a) ¿Que alternativa usa el Tribunal Constitucional para mostrarle sus límites al poder estatal?

Basta con la siguiente pregunta: ¿Qué alternativa usa el TCFA para mostrarle sus límites al poder estatal?

El TCFA desea controlar y limitar las leyes penales así como cualquiera de las otras leyes del legislador. Esto de por sí ilustra una "normalización" del derecho penal como un instrumento ordinario del gobierno social. No obstante, las intromisiones más típicas del derecho penal en los derechos fundamentales de los ciudadanos requieren ser justificadas. Desde un punto de vista material, una ley penal debe ser proporcional. En un sentido amplio este principio de proporcionalidad queda satisfecho, (1) si la ley persigue un objetivo legítimo, (2) si la ley está capacitada para lograr este objetivo, (3) si la ley es necesaria, es decir que para lograr el objetivo determinado no existe un medio menos grave que tenga la misma efectividad, y (4) si la ley es adecuada, es decir, si la medida no es desproporcionada en relación con el propósito u objetivo de la acción (esto último también se conoce como el principio de proporcionalidad en sentido estricto o como la prohibición de exceso).

Entendido en el sentido literal, a primera vista, pero sólo a primera vista, existen pocas diferencias entre el principio de proporcionalidad y la doctrina clásica de la protección del bien jurídico protegido. Las enormes diferencias surgen al "operacionalizar" ambos conceptos. El principio legislativo de proporcionalidad no es absoluto y exacto, sino relativo y abierto, en el sentido de que tiene en cuenta las realidades de la política criminal y de que el legislador solo tiene prohibido sobrepasar su margen de decisión de manera arbitraria; esto es la prohibición del exceso operativa: el legislador tiene prerrogativas de valoración amplias.

[8] BVerfGE 120, 224 (241).

b) Prerrogativa de valoración del legislador

El examen de proporcionalidad se inicia con la pregunta de la *finalidad legítima* que el legislador debe perseguir mediante una ley penal. Estos problemas conducen a un paralelismo con la doctrina del bien jurídico. Una norma penal tendría que servir a la "protección de los demás o del público en general"; la utilización del derecho penal solo es legítima si un comportamiento es "particularmente perjudicial para la sociedad e insoportable para la convivencia ordenada de las personas". Estas expresiones que usa el TCFA[9] en cierta manera pueden ser adoptadas por los defensores de la teoría del bien jurídico. Únicamente basta con decir que: El TCFA le adjudica al poder legislativo ciertas prerrogativas de evaluación que consisten en definir qué conducta será protegida mediante qué sanción penal, ya que - cito al TCFA –"En principio […] es asunto del legislador el determinar el ámbito de las conductas punibles"[10].

Dicho con otras palabras: Argumentos político-criminales o filosóficos a favor o en contra de la penalización de una conducta deben ser valorados y ponderados por el legislador. Si los argumentos no son ilícitos por sí, por ejemplo argumentos evidentamente racistas etc., no tienen un significado constitucional ni jurídico-penal en el sentido estricto. Es legislador tiene que valorarlos en el procedimiento político-criminal. No más.

Respecto al control de la *necesidad* surge otro principio preconstitucional, el principio de ultima ratio (es decir, que utilizar el derecho penal es el último recurso y sólo debe plantearse cuando otras estructuras de control, como el derecho civil y la ley de sanciones administrativas no prometen tener éxito). La diferencia entre la necesidad y la proporcionalidad en el sentido amplio por un lado y el principio de ultima ratio por otro es - in extremo (que es para enfatizar una vez que circulen decenas de interpretaciones de este principio) - una vez más la diferencia entre la legitimidad a través de un proceso (político-criminal) y la legitimidad de una verdad extra-jurídica. Mientras que el principio de ultima ratio - in extremo – impone al legislador la carga de tener que demostrar que la utilización del derecho penal es necesaria, el TCFA le cede una vez más prerrogativas al legislador para diagnosticar la conveniencia y la necesidad de una disposición penal. Solo cuando hay suposiciones irracionales e injustificables por parte del legislador una ley penal es desproporcionada o innecesaria.

[9] BVerfGE 120, 224 (239 et seq.).

[10] BVerfGE 120, 224 (240): "Es ist aber grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen."

En el examen de si los hechos y las consecuencias jurídicas son coherentes entre sí, es decir, en el examen de *proporcionalidad en el sentido estricto*, el TCFA le da entrada a una variedad de aspectos distintos. A este respecto me gustaría decir una cosa: Si los hechos y las consecuencias legales son proporcionales entre ellas, el TCFA juzga cada caso de forma abstracta e independiente. La legislación debe crear la apertura necesaria para que la práctica (de la administración de la justicia penal) permita en algunas situaciones en las que un castigo (severo) resulta desproporcionado en relación con la pena, el que pueda minimizarse o incluso abstenerse de ella. Por lo tanto resulta una cuestión propia de la práctica el establecer una proporcionalidad concreta en cada caso. Lo anterior es una interesante "delegación de competencias de la concreción del derecho penal" a la que regresaré en un momento. De aquí se puede afirmar que: La falta de equidad en los casos individuales o la inconstitucionalidad de la práctica normalmente (regresaré a excepciones en unos minutos) no conduce a la inconstitucionalidad de una ley penal abstracta-general, si la jurisprudencia encuentra maneras para resolver casos particulares de forma justa – incluso mediante instituciones procesales (sobreseimiento por razones de oportunidad), o la previsión de una aplicación praeter legem de preceptos penales atenuantes (por ejemplo, en el caso de asesinato, para el que está prevista la cadena perpetua obligatoria). Finalmente se tiene que tener en cuenta que el legislador alemán por lo general le asigna a la jurisprudencia una gran discrecionalidad en la determinación de la sentencia, ya que establece legalmente unos límites extremamente amplios y apenas si aporta pauta alguna para la determinación y graduación de la pena (por ejemplo, en el caso de hurto simple la pena varía entre prisión de hasta cinco años y solo una multa).

Si tomamos las prerrogativas evaluativas del legislador en su totalidad, éstas siguen siendo ampliadas porque el legislador goza de ciertas libertades de decidir sobre la finalidad del derecho penal y su sanciones (desde la venganza hasta todo tipo de prevención; desde el derecho penal simbólico hasta la ampliación de las facultades de investigación; en este punto, la transformación político-criminal del derecho penal se manifiesta hacia un derecho penal más simbólico y hacia el derecho penal preventivo; según ello, los sujetos peligrosos deben quedar fuera de cualquier tipo de intervención que facilite comportamientos desviados, como el entrenamiento en un campamento de terroristas, antes de que otros delitos sean cometidos).

c) Poder y deber de delegación del legislador de delegar la concreción del derecho a la práctica de la justicia penal

La prerrogativa de valoración del legislador resulta aún más amplia, porque el TCFA le concede, pero también le obliga, a permitir al juez a fijar una pena justa para el caso concreto y equitativa a su culpa debido a marcos de pena suficientemente amplios. En este sentido y acerca de la amplia libertad del legislador de establecer *marcos de pena amplios y casi sin límites*, el TCFA ha

sentenciado lo siguiente: Quiero citarlo destacando sobre todo la gran diferencia entre el énfasis argumentativo inicial y el resultado operativo real:

> "En el ámbito del penalizar estatal se puede deducir del principio de culpabilidad, que es consecuencia de la garantía de la dignidad humana y del principio del Estado de Derecho, y del principio del proporcionalidad, que la gravedad de un delito y la culpa del autor han de estar en una relación justa a la pena. La amenaza de una pena en cuanto a su tipo y a su dimensión no puede ser totalmente inadecuada en relación a la conducta penalizada. El tipo y la consecuencia jurídica deben concordar. Si un hecho puede mostrar diferentes grados de culpa y de gravedad, al juez se le debe conceder la posibilidad de ajustar la pena. El juez no puede ser obligado a imponer una pena que según su propio convencimiento basado en los hechos comprobados sería inadecuada.
>
> Es asunto del legislador, establecer el ámbito de conductas penalizadas teniendo en cuenta la situación especificada. *El TCFA no puede comprobar, si la decisión del legislador es la solución más útil, la más razonable o la más justa*. Sólo puede controlar que la norma penal esté conforme con la constitución. Esto también es válido acerca de la pena mínima, con la que el legislador amenaza en caso de la comisión de un delito. El legislador en general es libre de determinar el tipo de la pena y la pena mínima, con la que amenaza en caso de una comisión de un delito. Por lo tanto puede vincular al juez de tal forma, ordenándole que en caso de una condena no puede establecer una pena inferior a un límite mínimo.
>
> Establecer un marco penal se basa en un acto de valoración legislativa, que sólo hasta cierto límite puede ser fundamentado de manera racional. Qué sanción es adecuada para un delito de forma abstracta o concreta y donde hay que poner límites a una amenaza penal respetuosa con la constitución, depende de una multitud de valoraciones. La constitución concede al legislador un margen amplio en cuanto a la regulación de amenazas penales. Esto es considerado por el Tribunal Constitucional en cuanto a la revisión del contenido de amenazas penales. *Sólo puede constatar una infracción del principio de culpabilidad o del principio de proporcionalidad si la regulación legal, tomando como referencia la idea de la justicia, lleva a resultados totalmente insostenibles.* Para impedir sanciones desproporcionadas por regla general será suficiente con que el legislador le otorgue la posibilidad al juez en el momento de la fijación de la pena de imponer una sanción adecuada acerca de su culpa dentro de un marco penal correspondiente."[11]

Resumo: El principio de culpabilidad, la garantía de la dignidad humana, el principio del Estado de Derecho, y el principio de proporcionalidad son muy importantes. Pero el TCFA solo controla que el legislador no actúe de una manera arbitraria.

[11] BVerfG, 2 BvL 8/11 de 15 de Marzo de 2012, apartados 45 et seq.

B) Ejemplo

Déjenme presentarles todo eso tomando como ejemplo el caso en cuya sentencia el Tribunal Constitucional falló en contra de la doctrina del bien jurídico en 2008. Un caso que es interesante también porque se refiere a la constitucionalidad del incesto, acerca de la cual también se han pronunciado el Tribunal Constitucional colombiano y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos:

De acuerdo con el art. 173 del Código Penal los hermanos biológicos que tengan relaciones sexuales, serán sancionados con pena de prisión de hasta dos años o una multa. Los padres de B, nacido en 1976, y su hermana K, nacida 1984 se divorciaron poco tiempo antes del nacimiento de K. En 1983 B, a la edad de siete años fue adoptado por sus tutores y adquirió sus apellidos. Desde entonces, no tuvo contacto con su familia biológica. Años después, en el 2000 entró en contacto con su madre biológica a través de la oficina juvenil del estado y conoció a K, de cuya existencia no sabía nada hasta entonces. B y K comenzaron una relación en el año 2001 de la cual surgieron cuatro hijos. El Tribunal de Distrito condenó a B a una pena de prisión de un año y cuatro meses por haber tenido relaciones sexuales con familiares; las apelaciones no tuvieron éxito. El Tribunal Constitucional falló en su sentencia que el art.173 del Código Penal no es inconstitucional.

El Tribunal Constitucional tomó su decisión planteándose dos cuestiones:

Primero: ¿La prohibición del incesto entre hermanos persigue una finalidad legítima? Constitucionalmente tendría que plantearse si las posibles finalidades son simplemente irracionales o no pueden ser defendidas por el legislador debido a que por ejemplo son inconstitucionales. El Tribunal Constitucional concluye que el legislador

> "no sobrepasa su ámbito de discrecionalidad, debido a que tiene en consideración, 1) la preservación del orden familiar que se ve amenazado por los efectos dañinos del incesto; 2) la protección del menor en una relación incestuosa; 3) la evasión de enfermedades genéticas graves a causa de una relación incestuosa; y 4) que en la sociedad existe un tabú consagrado sobre la criminalización del incesto."[12]

Se puede discutir muchísimo sobre los pros y contras de estos objetivos. Y de hecho se pueden encontrar argumentos buenos e incluso excelentes en contra de cada uno de estos razonamientos, por ejemplo, que la eugenesia puede ser un tabú para el legislador a causa de nuestra historia alemana. Pero no se deben mezclar la política criminal, el Derecho penal y el Derecho constitucional. Lo único que cuenta es el punto de vista constitucional: ya que todos estos argumentos no están

[12] BVerfGE 120, 224 (243).

en posición alguna de privar al legislador de su competencia para proteger los intereses antes mencionados mediante el derecho penal.

En segundo lugar uno tiene que preguntar también: ¿No muestra este caso excepcional que muchas de las finalidades protegidas quedan vacías porque estos dos hermanos biológicos no crecieron juntos (por lo que no se aplica el tabú psicológico individual y social), y que los dos se encontraron después de 17 años y tuvieron relaciones sexuales plenamente consentidas? En un nivel constitucional la pregunta correcta es: ¿No se está violando la prohibición de exceso, si el legislador no ha pensado en el contexto de este caso concreto o si no ha establecido reglas explícitas para ello? Esta pregunta conduce directamente a mi siguiente tema, es decir, la necesidad de controlar el ámbito de regulación de las leyes penales: ¿Tiene el legislador la obligación constitucional de establecer reglas materiales distintas que dejen fuera del tipo penal ciertos casos concretos? *Hassemer*, quien a su vez fue juez del Tribunal Constitucional, en una brillante opinión disidente postuló esta obligación del poder legislativo.[13] Sin embargo no pudo imponer su tesis. La mayoría consideró que (1) la legislatura puede delegar a la jurisprudencia las sentencias justas y equitativas en los casos concretos; y (2) que los marcos penales y posibilidades procesales son ya suficientes.[14] – Pienso que el Tribunal Constitucional tiene razón en abstracto: Aunque sería deseable que el legislador eliminara explícitamente situaciones típicas que no pueden ser punibles (por ejemplo, retirándolas completamente del tipo penal), constitucionalmente no está obligado a hacerlo.

La Corte Europea de los Derechos Humanos (CEDH) se mostró de acuerdo con esta valoración y no consideró que el tipo de incesto fuera una violación del art. 8 CEDH, o sea del derecho al respeto a la vida privada.[15] La Corte sentenció que una sanción penal que afecta el art. 8 CEDH requiere la justificación de una necesidad social imperativa. Si está afectado un aspecto especialmente importante de la vida privada o de la propia identidad, los Estados miembros de la Convención Europa de Derechos Humanos sólo gozan de un margen de valoración limitado. Si los Estados miembros quieren entrometerse en la vida sexual de un ciudadano, deben alegar razones muy convincentes para justificarlo. Sin embargo el margen de valoración es más amplio si no existe un consenso básico europeo acerca de cómo tratar un caso jurídicamente. Esto tiene todavía más validez si como, por ejemplo en cuanto al trato del incesto, están en entredicho cuestiones morales o éticas.

[13] BVerfGE 120, 224 (255 et seq.).

[14] BVerfGE 120, 224 (238).

[15] CEDH, Caso 43547/08 (*Stübing vs. Alemania*).

La Sentencia C-241/12 del Tribunal Constitucional Colombiano siguió una lógica similar estableciendo que:

> "dentro de los límites generales que el ordenamiento constitucional impone al legislador en materia penal, existe un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar qué bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena. […] El control constitucional […] es más un control de límites de la competencia del Legislador, con el fin de evitar excesos punitivos."

C) Discusión

Son preguntas muy controvertidas si la constitucionalización de los fundamentos del Derecho penal, o sea la sustitución de doctrinas jurídico-penales clásicas por consideraciones de oportunidad constitucional son "ciertas o equivocadas". Basta con añadir tres consideraciones breves:

Primero: La constitucionalización de la legislación penal demuestra los fundamentos político-criminales del Derecho penal. Esto está bien y es importante. Porque las doctrinas y los principios tradicionales del Derecho penal (quiero recordar el bien jurídico) pretenden sostener el mito, que sobre la política criminal se puede discutir de forma jurídico-penal o en categorías neutrales y apolíticas. Al contrario, el Derecho constitucional puede destapar terrenos inciertos, porque desde siempre tiene la función de un puente entre la política criminal estatal (y no sólo legislativa, sino sinceramente también ejecutiva y judicativa) y el Derecho de rango inferior. La constitucionalización de los fundamentos del Derecho penal puede contribuir a democratizar la discusión sobre el derecho penal y conllevar a un mayor grado de transparencia.

Segundo: La constitucionalización de la legislación penal nos enseña una carencia de la ciencia penal alemana: falta una doctrina de la legislación penal realista que se enfrente a las realidades políticas, que pueda unir elementos descriptivos y prescriptivos - una ciencia político-criminal. Sólo ésta nos puede informar sobre la legitimidad de leyes penales y si éstas son llevadas a cabo de forma legítima, por ejemplo si el legislador ha reflexionado suficientemente sobre el tipo penal y si su decisión de tipificar se basa en consideraciones convincentes (la llamada "evidence based criminal policy" en inglés). La parte filosófica de la dogmática penal alemana ha de ser complementada por una parte político-criminal, para entender mejor los fundamentos del Derecho penal en la realidad.

Tercero: Esto me lleva a una valoración final de la sentencia sobre el delito del incesto del TCFA. Por un lado, creo que el Tribunal Constitucional mostró "restricción judicial" y resolvió la cuestión constitucional de forma correcta, es decir, afirmando que el art. 173 del Código Penal Alemán no es inconstitucional.

Por otro lado, creo que los tribunales ordinarios en este caso han decidido erróneamente. En una situación especial como esta podría – o incluso debería - no aplicarse la pena. Esto no es una contradicción, sino que ilustra que la crítica debe dirigirse a los tribunales ordinarios, que dictaron un fallo de forma ciega, sin tener en cuenta el derecho constitucional a la privacidad del condenado. ¿Por qué no se constató que era caso de menor gravedad? ¿Y por qué fue impuesta y ejecutada una pena de más de un año de prisión?

Por otra parte, la crítica también debe realizarse a la estrategia de la defensa, llevada adelante sobre todo por científicos. Yo pregunto: ¿Por qué se atacó el tipo penal en abstracto? ¿Y por qué no se atacó la aplicación del tipo en concreto? Un Tribunal Constitucional, obligado a imponerse al legislador, mostrará más tendencia a criticar a un tribunal ordinario por no haber respetado la constitución en un caso concreto que al legislador, que aprobó una ley penal abstracta y delegó a los tribunales la tarea de dejar que reine la justicia en el caso concreto.

3. La constitucionalización del Derecho penal vigente – ¿cuáles son los márgenes y los límites de la aplicación del Derecho penal constitucionalizado?

La constitucionalización de la parte general del Derecho penal no sólo afecta al legislador, sino también - hasta de manera prioritaria - la práctica estatal de la administración de la justicia penal, es decir la policía, la fiscalía y los juzgados penales. ¿Cuáles son los márgenes y los límites de una aplicación constitucionalizada del Derecho penal en Alemania? Quiero mencionar brevemente tres grandes líneas generales de la evolución, que están estrechamente vinculadas a la parte general.

Primero: En Alemania, aparte del concepto del Derecho penal de acto con su férreo principio de culpabilidad, va ganando protagonismo el derecho penal de autor, que no reconoce la culpa como límite de la sanción. *Segundo*: El principio de legalidad conlleva una corrección de la jurisprudencia de los tribunales penales por parte del Tribunal Constitucional. *Tercero*: La intrusión del Tribunal Constitucional en la jurisprudencia de los tribunales penales causa un conflicto entre la legalidad constitucional y la practicabilidad.

A) La delimitación del Derecho penal de hecho y la limitación constitucional del Derecho penal de autor

La pena requiere culpa (nulla poena sine culpa). Este principio de culpabilidad es destacado en la ciencia desde siglos y realzado por el Tribunal Constitucional durante los últimos años. Esto sin embargo es una declaración solo hacia afuera. Si una se fija bien, no exige siempre la culpa del autor para que actúe la justicia penal

y se le imponga una sanción. Aparte del Derecho penal de acto en Alemania hace tiempo que existe también en ciertas circunstancias el Derecho penal de autor. Lo que se sanciona es el peligro de un autor, denominándolo en términos dogmáticos sutilmente "sanción" y no "castigo". La comisión de un delito sólo es la ocasión aprovechada para la sanción judicial penal, sobre todo para la custodia de seguridad ("Sicherungsverwahrung"; una custodia preventiva). Al autor se le impone un sacrificio especial. Queda privado de su libertad, porque en un futuro posiblemente o probablemente cometerá un delito. Esta custodia preventiva se considera un medio legítimo para la protección de la sociedad, como defensa social.

Según el art. 66 par. 1 Código Penal Alemán un tribunal ordena aparte de la pena la custodia de seguridad cuando (inter alia)

el autor haya sido condenado a una pena privativa de libertad de dos años mínimo por un hecho punible doloso dirigido contra la vida, la integridad física, la libertad personal o la autodeterminación sexual.

el autor por tales hechos punibles dolosos cometidos con anterioridad al nuevo hecho haya sido condenado dos veces a una pena privativa de la libertad de dos años mínimo,

el autor haya cumplido por lo menos dos años de pena privativa de la libertad por uno o varios hechos antes del nuevo hecho, o cuando se haya encontrado cumpliendo una medida de privación de libertad de corrección y seguridad; y,

de la valoración en conjunto del autor y de sus hechos resulte que como consecuencia de su inclinación para cometer hechos antijurídicos relevantes, especialmente aquellos en los que la víctima resulte perjudicada gravemente psíquica o corporalmente, es peligroso para la comunidad.

La custodia de seguridad no tiene, en principio, límite temporal.

El TFCA[16] en general considera todo esto, o sea la defensa social como objetivo de la justicia penal, como constitucional y compatible con los Derechos humanos. Sin embargo, como reacción a una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el TCFA ha corregido y ha limitado la práctica de la custodia de seguridad y por lo tanto del Derecho penal de autor acerca de dos aspectos:

Primero: En una decisión espectacular del año 2011 el TCFA aprovechó la práctica de la custodia de seguridad tradicionalmente ajena a terapias para declarar inconstitucional la reciente regulación legal, que permitía imponer esta medida

[16] BVerfGE 128, 326.

también contra ladrones o estafadores notorios o hasta contra personas que a menudo cometían delitos de tráfico (conducir en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas). La razón de esta sentencia fue que en la práctica casi no existían diferencias entre la custodia de seguridad y la ejecución de penas, entre prevención y represión, entre el derecho penal de autor y el derecho penal de acto. Se podría decir, que después de que un condenado cumpliera su pena, simplemente se cambió el letrero delante de su celda, en el que primero ponía "preso" y después "custodia de seguridad". El TCFA no estuvo de acuerdo con esta práctica y ordenó al legislador a regular la privación de libertad de forma claramente diferente (precepto de diferencia) y que la custodia de seguridad estuviera guiada por la idea de recuperar la libertad. Esto requiere un plan de terapias para minimizar los peligros del condenado, para así limitar la duración de la privación de libertad a lo absolutamente necesario. El legislador ha reaccionado con la aprobación del art. 66 *et seq*. Código Penal Alemán.

Lo que es interesante es como una aplicación práctica inconstitucional tenga efectos acerca de la cuestión de si la norma en sí es constitucional: Si un déficit en la ejecución de la norma - en nuestro caso el hecho de que se tratara igual la ejecución penal y la custodia de seguridad, lo que viene a ser Derecho penal de acto y Derecho penal de autor - es sistemático, puede ser atribuido al legislador porque éste no lo impide. Como consecuencia, excepcionalmente, una práctica inconstitucional puede causar la inconstitucionalidad de las leyes.

Segundo: Aunque – en un segundo paso – se diferencie legalmente y en la práctica entre una ejecución de penas ajena a las terapias y la custodia de seguridad terapéutica, antes – en un primer paso – surge el problema de a qué ofensores puede serle impuesto el sacrificio especial de la custodia de seguridad para proteger a la sociedad. La respuesta teórica, de que sólo delincuentes especialmente peligrosos pueden ser privados de su libertad de esta forma es muy delicada en la práctica, porque ese peligro se basa en un pronóstico. Según estiman algunos expertos, en más de la mitad de los casos de personas en custodia de seguridad se trata de víctimas del pronóstico, lo que quiere decir que la probabilidad de reincidencia pronosticada en realidad no existe. [17] El TCFA se esfuerza por resolver este problema mediante exigencias más elevadas para pronósticos judiciales y dictámenes psiquiátricos. Sin embargo el Tribunal Constitucional menciona que "las inseguridades del pronóstico no eliminan ni la idoneidad ni la necesidad de una privación de libertad. Los pronósticos siempre contienen el riesgo de un pronóstico falso, pero en el derecho son indispensables."[18]

---

[17] Cfr. ZIMMERMANN, en: *HRRS* 2013, 168 con más referencias.

[18] BVerfGE 109, 133 (158).

El pronóstico es y seguirá siendo imprescindible como base para la protección de peligros, aunque en el caso concreto sea deficiente. El TCFA de esta forma acepta víctimas del pronóstico, pero muestra empeño para que haya pocas. Tengo mis dudas sobre si esto es suficiente en abstracto y si es aplicado de forma correcta en concreto.

B) El control constitucional judicial de los tribunales penales ajenos a la constitución

El derecho penal ha de ser interpretado conforme a la constitución, una norma constitucional deja inaplicable normas de rango inferior. Para la teoría del derecho moderna constitucionalizada estas frases son obvias. Sin embargo rompen con el solipsismo de una dogmática penal preconstitucional. Que el Derecho penal vigente sea aplicado conforme a la constitución es valorado y revisado por el Tribunal Constitucional. La práctica ante todo debe prestar atención a que los derechos fundamentales del imputado sean protegidos, o sea que la aplicación del Derecho penal no pueda suponer una intromisión en los derechos fundamentales del imputado sin justificación en el caso concreto, sobre todo no una intromisión desproporcionada.

Un ejemplo concreto puede ser el conflicto, y es un conflicto, entre los tribunales penales y el Tribunal Constitucional acerca de la punibilidad de las "sentadas" como coacción. ¿Comete el delito de coacción quien para manifestarse por fines políticos de forma no violenta, bloquea el acceso a un cuartel militar durante unas horas sentándose delante de la entrada, para que la policía tenga que llevárselo para liberar la entrada, sin que el manifestante oponga resistencia a la acción policial?

Esta pregunta ha llenado bibliotecas y ha producido una gran cantidad de sentencias. Basta con mencionar dos aspectos:

Primero: La discusión se centró durante años y décadas sin razón en si una sentada pacífica podía ser considerada como violencia en el sentido legal. Porque – como dice el art. 240 Código Penal Alemán – quien coaccione a una persona (por ejemplo a un soldado que quiera entrar con un vehículo en el cuartel) antijurídicamente (acerca de este elemento más tarde) con violencia a una acción, tolerancia u omisión (la conducta de tener que frenar para no atropellar a los manifestantes) será castigado con pena privativa de la libertad o con multa.

Hay diferentes opiniones sobre si una sentada es violencia.[19] Los tribunales penales lo confirmaron argumentando que quien creaba un obstáculo psíquico usaba

[19] Cfr. cada manual actual sobre la Parte Especial del Derecho penal alemán, p. ej. WESSELS/HETTINGER, *Strafrecht Besonderer Teil* 1, 36ª ed., 2012, apartados 383 et seq.

violencia. Este concepto de violencia psíquico sin embargo ha sido denegado por el Tribunal Constitucional, porque no era conforme al sentido literal de la norma, la violencia debía causar un efecto físico en la víctima. Eso no quisieron aceptar los tribunales inferiores y crearon una nueva construcción dogmática: el primer conductor al que se enfrentaban los manifestantes sentados sí podía atropellarlos, pero no quería (psíquicamente). En cuanto a él, la coacción es impune. Pero para un conductor detrás de este primer conductor, existe un obstáculo físico en forma del primer vehículo. Los manifestantes utilizan al primer conductor como un instrumento para frenar a los demás vehículos. El manifestante por lo tanto es un autor mediato que practica la violencia física mediante los demás conductores. Esta llamada "jurisdicción de la segunda fila" suena artificial - y lo es. Pues, la jurisdicción de segunda fila demuestra la desobediencia dogmática de los tribunales inferiores ante al Tribunal Constitucional.

El TFCA aceptó esta sutileza dogmática en 2011 criticando otra aplicación del tipo de coacción por los tribunales penales y por la ciencia.[20]

Segundo: En la discusión durante mucho tiempo no se ha considerado lo suficiente que la controversia sobre el concepto de violencia (física o psíquica) no prejuzga la punibilidad de las sentadas. Porque el tipo de la coacción es caracterizado por una peculiaridad dogmática; el tipo no indica la antijuricidad, si una conducta es antijurídica, por ejemplo si una sentada supone un desvalor prohibido y social, depende de una ponderación. Solo es antijurídica cuando la utilización de la violencia se puede considerar como reprochable. Esta cuestión debe ser solucionada teniendo en cuenta la constitución, sobre todo la libertad de opinión y la libertad de reunión. Esto es obvio, pero ha sido ignorado durante décadas por parte de la ciencia y los tribunales penales y hace poco, concretamente en 2011, ha sido corregido por el TCFA.[21]

- En la medida en la que la ciencia y los tribunales inferiores sostienen que los manifestantes no pueden remitirse a la libertad de reunión, porque su conducta quiere llamar la atención pública, ignoraron el ámbito de protección de la libertad de reunión. El hecho de que una sentada sirva para la formación de la opinión pública, por ejemplo para la protesta contra la intervención de los Estados Unidos en Iraq, precisamente la convierte en una reunión. Este fin político en contra de la opinión de los tribunales penales y la ciencia no excluye que el imputado se remita a la libertad de reunión, más bien lo justifica.

- En la medida en la que la ciencia y la jurisdicción argumentaron y siguen argumentando con que una manifestación no puede cambiar la alta política

[20] BVerfG, 1 BvR 388/05 de 7 de Marzo de 2011.

[21] Cfr. BVerfG, 1 BvR 388/05 de 7 de Marzo de 2011.

directamente y que la manifestación no puede conseguir su fin de comunicación, esto se basa en una equivocación. Porque la medida de una manifestación no sólo se refiere comunicativamente a un fin de la manifestación, si la reunión se produce en un lugar en la que políticos se hallan actualmente o tienen al menos su sede institucional.

- En la medida en que la ciencia y la jurisprudencia quieren reservar la valoración de fines políticos para la fijación de la pena, ignoran que el objetivo de la comunicación política es lo que importa al respeto del derecho fundamental de reunión. Por eso hay que considerar los fines políticos protegidos por este derecho en el contexto para definir si una conducta es reprochable. De hecho y en consecuencia, el TCFA introdujo que sentadas políticas y pacíficas normalmente son impunes.

Para concluir, el TCFA establece exigencias especiales para la protección de la libertad de opinión y la libertad de reunión. Exige de los tribunales penales una aplicación del derecho conforme a la constitución y deniega dogmas ajenos a la constitución. Para que los derechos fundamentales desplieguen todos sus efectos, los tribunales mediante una ponderación intensa deben constatar si una manifestación es reprochable y por lo tanto antijurídica. Los elementos de la ponderación serán la duración y la intensidad de la acción, el anuncio previo, las posibilidades de evitar la sentada a través de otras entradas, la urgencia del transporte bloqueado, pero también la relación entre la libertad de movimiento de la persona afectada y el tema de la manifestación. La relevancia de circunstancias específicas de la manifestación con vista al fin comunicativo de ésta debe determinarse sin que el tribunal valore si este fin es útil y valioso o si lo desaprueba. El Tribunal Constitucional revisa si el procedimiento de ponderación contiene fallos relevantes en el caso concreto, que se basan en una interpretación incorrecta de la relevancia y el ámbito de protección de garantías fundamentales. Si este es el caso, el Tribunal Constitucional revoca la sentencia y remite el proceso a los tribunales penales. Con lo cual, el control constitucional de la administración de la justicia penal mediante el Tribunal Constitucional puede corregir desarrollos falsos y contribuir a una administración de la justicia penal más liberal y más respetuosa con los derechos fundamentales.

C) El balance frágil entre legalidad constitucional y practicabilidad

Nullum crimen, nulla poena sine lege certa: el derecho penal debe ser suficientemente determinado y preciso. Para finalizar mi exposición quiero tratar este principio de determinación o taxatividad del derecho penal sustantivo. Es un principio clásico y fundamental y supuestamente general en el Derecho penal. No obstante: Al respecto de esta generalidad, tengo dudas. De hecho, este principio

demuestra que el balance entre la legalidad constitucional y la practicabilidad de derecho penal real está muy frágil. Basta con mencionar dos ejemplos:

Primero: Al menos en Alemania no se puede decir que el principio de la determinación se refiera a todo el Derecho penal. En lo esencial se refiere a los tipos penales, o sea a la parte especial en el sentido dogmático, pero no – en la realidad – se aplica a los principios generales de imputación (concepto de acción, causalidad, imputación objetiva, dolo, antijuricidad y culpabilidad), o sea a la parte general en el sentido dogmático. En Alemania estos principios generales de imputación están escasamente regulados. Por ejemplo, el art. 15 Código penal alemán se contenta con la frase de que solo es punible una conducta intencional y de que una conducta imprudente únicamente es punible si existe una regulación especial. Lo que se debe entender bajo estos conceptos no está explicado. Porque el legislador, con la aprobación del Tribunal Constitucional, ha delegado la definición de estos conceptos a la práctica y la ciencia.

Al margen solo quiero comentar: ¿Por qué confiaba el legislador en la ciencia y la jurisprudencia para darle vida a las reglas generales de la imputación? De forma algo provocadora quiero responder: Porque un legislador pragmático no tiene gran interés en regulaciones de la parte general. Esto es así, porque el legislador tanto nacional como internacional, los detalles de la imputación, o sea los detalles de la punibilidad, los puede regular en la parte especial. Al legislador no le importan tanto las doctrinas generales de imputación, sino los criterios especiales de imputación, que puede variar dependiendo del área del derecho penal, (por ejemplo, derecho penal general, derecho penal económico, derecho penal del terrorismo etc.). Hay incontables ejemplos: Problemas de la causalidad y de imputación objetiva se evitan con la introducción de delitos de peligro abstracto o concreto. La impunidad de hechos de preparación – una impunidad que frecuentemente ya es estilizada como un principio fundamental del derecho penal alemán – se evita mediante la introducción de delitos que penalicen incluso la preparación. Y problemas difíciles en el ambiente de autoría y participación se evitan con la descripción de conductas especiales en el tipo que son penalizadas individualmente o que tienen un efecto agravante (por ejemplo el líder o el maquinador de una organización terrorista, del artículo 129a Código Penal Alemán). Las rupturas entre las reglas generales de la parte general y las reglas especiales de la parte especial demuestran una disminución latente de las primeras. Este diagnóstico se simboliza en que no se aplica el principio de taxatividad en la parte general, al menos no de manera consecuente.

Segundo: ¿Qué significa el principio de determinación en el marco de los tipos penales? Debería tener dos significados en la teoría: por una parte debe asegurar que el legislador democrático decida de forma abstracta y general sobre la punibilidad. Por otra parte en un Estado de Derecho se trata de la protección del

ciudadano: Debe poder prever qué conducta está prohibida y sancionada. El principio de determinación tiene la función de garantizar la libertad.

La realidad por supuesto es diferente. Hasta se podría decir que el derecho penal en ciertas áreas (no en forma integral, pero en ciertas áreas), ha de ser hasta cierto punto indeterminado, sobre todo el derecho penal económico. La práctica debe reaccionar flexible frente a supuestos de hecho que ex post parecen punibles, pero ex ante no estaban previstos detalladamente y con lo cual no pudieron ser codificados por el legislador. El fondo de esta tesis es muy simple: Cuanto más claro y determinado un tipo penal, más fácil es para delincuentes económicos esquivar el derecho penal. En la criminología esto se llama "creative compliance" y se debe impedir.

Eso puede sonar herético, pero corresponde con la realidad del derecho penal económico alemán. Para la lucha contra la delincuencia económica existe una multitud de delitos muy específicos. En la práctica sin embargo se aplican sobre todo los delitos típicos de la estafa y de la administración desleal ("Untreue"). Defensores y fiscales siempre consideran aplicables estos delitos, por supuesto con diferentes intenciones, o sea que "siempre van bien" los delitos muy amplios.

¿Pero esto no supone una infracción del principio de determinación? No, según el TCFA, que acerca del delito de administración desleal lo justifica así:

> "El legislador debe ser capaz también en el derecho penal de dominar la variedad de la vida. Si siempre tuviese que tipificar un delito hasta el último detalle en vez de limitarse a lo esencial como los elementos típicos y el tipo y la medida de la sanción, existiría el peligro de que las leyes fuesen demasiado inflexibles y casuísticas y que no pudiesen satisfacer las exigencias de un cambio de las circunstancias o de las peculiaridades de un caso concreto."[22]

Esta argumentación obviamente pone en peligro el principio de determinación legislativo. Para compensar este hecho, el tribunal constitucional extiende el principio de determinación a la jurisprudencia.

> "La jurisprudencia debe disipar si es posible vaguedades en el ámbito de aplicación de una norma precisando y concretizándola mediante la interpretación (precepto de concreción). Este deber goza de una importancia especial acerca de tipos, que han sido redactados por el legislador de manera muy amplia. Precisamente en constelaciones, en las que el destinatario de una norma solo puede ver la posibilidad de una sanción y en las que solo mediante una jurisprudencia constante puede obtener una base fiable para interpretar y

[22] BVerfGE 126, 170 (195).

> aplicar el tipo penal, los tribunales tienen una obligación especial a colaborar acerca de la previsibilidad de los requisitos de la punibilidad."[23]

Quiero añadir, que también existió una motivación político-judicial para esta introducción de un *principio de determinación* (no legislativo, pero) *judicial*. Porque el TCFA finalmente decide sobre la determinación de un tipo penal y le corresponde revisar las concreciones de los tribunales penales.

> "Acerca de la revisión constitucional de que si los tribunales penales han cumplido con el principio de determinación judicial, el tribunal constitucional no se limita a un control de si la decisión es justificable. Tanto sobrepasar el límite de un tipo penal como perfilar y precisar su contenido se refieren a la decisión [legislativa como judicial] sobre la punibilidad. Para aclarar cuestiones correspondientes que se planteen el tribunal constitucional es competente."[24]

Esto demuestra que la constitucionalización de la administración de la justicia penal conlleva un aumento de la importancia del tribunal constitucional en el marco de la administración de la justicia penal.

D) Discusión

Los ejemplos antes mencionados ilustran que no solo la constitucionalización de la legislación del Derecho penal es problemática. También la constitucionalización de la práctica del derecho penal exige discusiones intensivas sobre una integración de la lógica del Derecho constitucional dentro la lógica del Derecho penal y dentro la dogmática del Derecho penal. En cuanto a eso, quiero acabar con tres consideraciones:

Primero: La constitucionalización de la administración de la justicia penal práctica causa una apertura cognitiva y operativa de un sistema anteriormente cerrado, es decir de un derecho penal y de una ciencia penal que se desarrollan con autoreferencias en vez de mirar más allá de sus propios límites. El derecho constitucional nacional y el derecho internacional de los derechos humanos al igual que los tribunales constitucionales no forman parte de la administración de la justicia penal. Eso permite un control constitucional y por lo tanto externo de desarrollos penales internos y una reflexión sobre racionalidades propias del derecho penal. Tribunales constitucionales o internacionales rompen con un derecho penal cerrado desde fuera. Así se pueden corregir evoluciones erróneas, sobre todo si un sistema de justicia criminal no es capaz de sanarse, sobre todo acerca de estados inconstitucionales o contrarios a los derechos humanos. En realidad: El sistema de justicia criminal alemán parece que no es totalmente capaz

[23] BVerfGE 126, 170 (195 et seq.).

[24] BVerfGE 126, 170 (199).

de reformarse solo, así que un control de tribunales ajenos es indispensable. Por otra parte, un control externo provoca naturalmente reacciones de defensa, y no solo por vanidad. En parte está justificado en que el derecho constitucional no satisface las necesidades de la administración de la justicia penal real. Si el control se efectúa desde fuera del ordenamiento jurídico, por ejemplo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se reclama muy rápido y con mucho patetismo la soberanía nacional y se critica que la constitucionalización del derecho penal vulnera la cultura jurídico-penal.

Segundo: Una constitucionalización del derecho penal no ha de ser sinónimo de una limitación garantista o liberal del derecho penal. Influencias externas pueden también causar una pérdida de límites, declarando obsoletas o no ordenadas por la constitución peculiaridades legales de la administración de la justicia penal. Sólo quiero recordar la custodia de seguridad alemana.

Tercero, y concluyendo, la constitucionalización de la administración de la justicia penal a mi juicio ha de ser examinada a la luz de razones dogmáticas y político-criminales. Un análisis crítico del fenómeno de constitucionalización podrá averiguar lo que no puede o no quiere entender una filosofía penal ocupada con autoreferencias. El derecho penal evoluciona, los objetivos y los fines del derecho penal cambian y sobre todo este cambio también afecta los principios generales y las doctrinas de la parte general.

III. Libre valoración de la prueba y estándar probatorio. Fundamentos históricos y de teoría del conocimiento

Wolfgang Frisch

La pregunta relativa a la verdad de una cierta situación de hecho o una hipótesis se plantea de modo similar tanto en el proceso civil como en el proceso penal. De allí que resulte adecuado que ella sea el objeto de un trabajo dedicado a homenajear a Rolf Stürner, estimado colega emérito, en tanto él mismo ha trabajado intensamente en este grupo de temas[1]. Por cierto, la primera fase del procedimiento dirigido a la determinación de la verdad, la recopilación judicial de pruebas, sólo son comparables en forma limitada; en este punto los procesos civil y penal están dominados por principios diferentes[2]. Pero esto es bien distinto respecto de las fases subsiguientes de valoración de la prueba. En la medida en que existen aspectos comunes, es posible hablar de cuestiones y conocimientos de una doctrina de derecho procesal general, al menos, en tanto el objetivo (común) es la

---

[1] Cf., p. ej. STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, 1976; ídem, *Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess*, 1982; ídem, "Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung", *NJW* 1981, p. 1757; ídem, "Geschichtliche Grundlinien des europäischen Beweisrechts", en KÖBLER *et. al.* (comp.), *Festschrift für Alfred Söllner zum 70. Geburtstag*, 2000, pp. 1171 y ss.; ídem, "Beweisregeln und freie Beweiswürdigung im Zivilprozess der europäischen Staaten", en *Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag,* 2010, pp. 809 y ss.

[2] Ello, a pesar de la relativización sufrida por el principio de carga de la prueba en cabeza de las partes en el ordenamiento procesal civil; cf. al respecto ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17ª. ed., 2010, § 77.

determinación de la verdad (histórica). Los puntos que requieren ser explicitados comienzan con la cuestión relativa a si la ley misma debe vincular a los jueces en cuanto a la valoración de la prueba, y en qué medida. Y si resultara preferible la alternativa de la libertad frente a las reglas probatorias, resta reflexionar con relación a cómo ha de orientarse, en lo sustancial, esa libre valoración de la prueba, cómo se conduce y estructura. Una respuesta clara tiene importancia central también respecto de una tercera cuestión: a qué conclusiones ha de haber conducido la valoración judicial de la prueba a fin de que el juez pueda determinar la verdad de una cierta situación de hecho.

I. Libre valoración de la prueba y teoría legal de la prueba (reglas de prueba)

1. La respuesta a la primera cuestión, relativa a si es correcta la sujeción o la libertad del juez en materia de valoración de la prueba, puede parecer hoy tan obvia, que casi parecería superfluo plantear la pregunta. El juez sólo tiene perspectivas de averiguar la verdad si se le permite atribuirle a las circunstancias probatorias particulares la significación que a ellas les corresponde en el caso concreto según la razón y la experiencia[3]. Sólo de esta menara él podría tener la esperanza de llegar a la verdad de situaciones de hecho que han de haberse producido en algún momento anterior, a partir de lo presente o manifiesto hoy (en la vía de la deducción). Las reglas de prueba legales, que le prescriben al juez un cierto camino de valoración de las pruebas, en el mejor de los casos, podrían no obstaculizar este camino, por ejemplo, cuando en el caso concreto ellas apuntaran en la misma dirección que una valoración de las circunstancias de prueba del caso orientada a la experiencia y la razón. Si, en el caso concreto, ordenan algo diferente, ellas obstaculizan la averiguación de la verdad.

Esto último sólo podría evitarse si las reglas de prueba legales fueran al mismo tiempo tan amplias y diferenciadas que contuvieran aquello a lo cual también conducirían la razón y la experiencia en cualquier caso concreto. Evidentemente, esto no puede ser logrado[4]. Y, en definitiva, tampoco aportaría nada, salvo que, de

[3] Acerca de la importancia central de la razón y la experiencia para la estructuración y respuesta de las cuestiones materiales relativas a la valoración de la prueba, v. infra II; de la amplia discusión, clara ya en el siglo XIX, cf. p. ej. JARCKE, "Bemerkungen über den unvollständigen Beweis, vormnehmlich in Bezug auf die außerordentlichen Strafen", en *Neues Archiv des Criminalrechts*, tomo 8, 1825, pp. 97 y ss., esp., p. 100 y ss.; ídem, *Zur Criminal-Gesetzgebung. Über den unvollständigen Beweis und schrift für Criminal-rechtspflege*, tomo X, 1828, pp. 129 y ss., esp., pp. 144 y ss., 158; MITTERMAIER, *Die Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse*, 1834, pp. 126 y ss.; V. SAVIGNY, *Über Schwurgerichte und Beweistheorie im Strafprozess, Archiv für Preußisches Strafrecht*, tomo 6, 1858, p. 469 y ss., esp. 476, 481 y ss., 485 y s.; WEBER, "Über den Begriff der strafrechtlichen Gewißheit", en *Neues Archiv des Criminalrechts*, tomo 8, 1825, pp. 557 y ss., esp. pp. 568 y s.

[4] Así, con toda claridad ya (en la discusión con una llamada teoría de las pruebas legales) el dictamen de la Comisión de Justicia Inmediata del Reino de Prusia acerca de los tribunales de jurados, 1819, 1ª.

ese modo, también estaría previsto legalmente aquello que de todas maneras establecen la razón y la experiencia. Consecuentemente, no sólo el derecho procesal penal y civil alemán se ha decidido en favor del principio de la valoración de la prueba libre de reglas legales. También el derecho procesal penal de muchos otros estados sigue este principio[5].

Con esto, no es que las reglas de pruebas legales queden totalmente excluidas[6]. Sin embargo, ellas deben constituir una excepción dentro de un procedimiento dirigido a fomentar la verdad, en razón del peligro inmanente de errar a la verdad (histórica). Resultan aceptables sólo en tanto y en cuanto los conocimientos judiciales que se apoyen en ellas también puedan aparecer legtimables normativamente frente a los intervinientes en el proceso también en caso de un posible error respecto de la verdad[7].

2. De este modo, el derecho procesal actual se aparta de principios que dominaron el derecho probatorio durante siglos y que al momento de su creación no parecían menos fundadas que lo que hoy nos lo parece el principio de la libre valoración de la prueba. La valoración de las pruebas, de acuerdo con esto, estaba sujeta a reglas de prueba legales, que le prescribían al juez cómo debía proceder frente a la presencia o ausencia de ciertas pruebas[8]. Constituyen conocidos ejemplos de esas

---

parte, pp. 8 y ss.; FEUERBACH, *Betrachtungen über das Geschworenengericht*, 1813, p. 126; GLASER, *Handbuch des Strafprozess*, t. I, 1883, pp. 740 y ss.; GRÄVELL, *Prüfung der Gutachten der Preußischen Inmediatkommission*, 1819, 2ª. parte, pp. 106 y s., esp. p. 142 (quien, sin embargo, estaba a favor, limitadamente, de una teoría de las preubas legales); V. SAVIGNY, *Beweistheorie, supra* nota 3, p. 471, esp. p. 488 y ss.; de la doctrina en materia de derecho procesal civil del siglo XIX, EDEMANN, *Die Beweislehre des Civilprozesses*, 1860, pp. 67 y s., 623 y ss.

[5] Cf. al respecto, p. ej., STÜRNER. *Festschrift für Picker, supra* nota 1, pp. 809 y s.: máximas procedimentales europeas de derecho procesal civil; acerca de la evolución, *supra* cit., pp. 815 y ss; ídem, en *Festschrift für Alfred Söllner, supra* nota 1, pp. 1171 (esp., pp 1182 y ss.); para el derecho procesal penal, NOBILI, *Die freie richterliche Überzeugungsbildung*, 2001 (traducción del original italiano "Il principio del libero convincimiento del giudice", 1974), pp. 9 y ss, 27 y ss, 117 y ss (Francia), 147 y ss. (Alemania), 164 y ss. (Italia); otras referencias en KUNZ, "Tatbeweis jenseits eines vernünftigen Zweifels", *ZStW* t. 121, año 2009, pp. 572 y ss. (esp. 580 y s.).

[6] Acerca de la importancia limitada de las reglas legales de valoración de la prueba en el proceso civil, cf. STÜRNER, *Festschrift für Picker, supra* nota 1, pp. 809 y ss (esp. 813 y s.); con relación a las muy infrecuentes reglas probatorias en el proceso penal (p. ej., § 190 StGB), cf. PETERS, *Strafprozeß*, 4ª. ed., 1985, p. 303; acerca de las reglas de valoración de la prueba elaboradas por los tribunales de revisión, cf. SARSTEDT, "Beweisregeln im Strafprozeß", en *Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch*, 1968, pp. 171 y ss., y STÜRNER, *Festschrift für Picker, supra* nota 1, pp. 809 y ss (esp. 819 y s.).

[7] Tal como ocurre en las reglas probatorias del § 190 StGB, porque aquí está justificado, p. ej., ver una lesión al honor de la persona imputada ya en la atribución de la comisión de un delito cuando ésta ha sido absuelta del hecho con autoridad de cosa juzgada.

[8] Acerca de la sujeción del juez a a las reglas legales de prueba, en detalle, KÜPER, *Die Richteridee der Strafprozeßordnung und ihre geschichtlichen Grundlagen*, 1967, pp. 127 y ss.; ídem, "Historische Bemerkungen zur „freien Beweiswürdigung“ im Strafprozeß", en Wasserburg (comp.), *Wahrheit und Gerechtigkeit*

reglas de prueba aquellas disposiciones que ordenaban al juez tener por probadas ciertas situaciones de hecho (y condenar sobre esa base) cuando ellas eran confirmadas en forma creíble por dos testigos directos o –en el proceso penal– cuando el imputado de un delito las había admitido[9]. Reglas como esta caracterizaron al derecho procesal penal de la temprana Edad Moderna durante siglos[10]. Más tarde, las reglas de prueba legales tomaron la forma más bien de una teoría negativa de la prueba[11]. De acuerdo con esto, el juez ya no debía atenerse, frente a la presencia de ciertas circunstancias, a tener pro probada la situación de hecho probada por ellas, antes bien, podía prescindir de dictar una condena cuando, a pesar de esta prueba, tuviera dudas. Por cierto, no era completamente libre. La condena sobre la base de su convicción sólo le estaba permitida cuando la situación de hecho necesaria para una condena se encontrara probada por ciertos medios de prueba (p. ej., dos testigos directos). Reglas de prueba de esta clase (pero también reglas positivas vinculantes) se registran en Alemania no sólo hasta en los derechos particulares del siglo XIX[12]. Además, hacia comienzos del siglo XIX se pronunciaban fuertemente en su favor importantes procesalistas[13]. La desaparición de estas reglas probatorias de los ordenamientos procesales y su remplazo por el

im Strafverfahren, Festgabe für Karl Peters zum 80. Geburtstag, 1984, pp. 23 y ss.; NOBILI, *Freie Überzeugungsbildung, supra* nota 5, pp. 81 y ss.; WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, 1979, pp. 37 y ss., esp. 56 y ss.

[9] Cf. al respecto art. 22 (respecto de la confesión) y 67 (referente ala prueba de testigos) de la Constitutio Criminales Carolina de 1532; en detalle con relación al derecho probatorio en este ordenamiento, SCHOETENSACK, *Der Strafprozeß der Carolina*, 1904, pp. 41 a 82.

[10] Cf. la presentación de GEYER, "Der Beweis im Strafprozeß", en Holtzendorff (comp.), *Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts*, 1879, t. I, pp. 198 y ss; KRIETER, *Dier historische Entwicklung der Prinzipien der freien Beweiswürdigung im Strafprozeß*, tesis doctoral Göttingen, 1926, pp. 6 y s.; KÜPER, *Richteridee, supra* nota 8, pp. 129 a 141; MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise, supra* nota 3, pp. 15 y ss.; THÄLE, *Die Verdachtsstrafe in der kriminalwissenschaftlichen Literatur des 18. und 19. Jahrhunderts*, 1993, pp. 26 y s., con otras referencias.

[11] Importante, en este contexto, FILANGIERI, *System der Gesetzgebung* (La sciencia della legislazione, 1780-1785), versión alemana de J.C.Siebenkees, 8 tomos, 2ª. ed., 1788-1791, t. III, pp. 228 y ss.; acerca de ala adopción de esta perspectiva en la literatura alemana, KÜPER, *Richteridee, supra* nota 8, pp. 140 y ss., 236 y ss.; WALTER, *Freie Beweiswürdigung, supra* nota 8, pp. 66 y s.; acerca de la distinción entre teoría de la prueba positiva y negativa, con más detalle, V. SAVIGNY, Beweistheorie*, supra* nota 3, pp. 471 (481 y ss.); KRIETER, *Beweiswürdigung*, pp. 3 y s., 7 y ss.; NOBILI, *Richterliche überseugungsbildung, supra* nota 8, pp. 154 y ss.

[12] Compilación en GLASER, *Beiträge zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß*, 1883, pp. 12 y ss.; ejemplos en WALTER, *Freie Beweiswürdigung, supra* nota 8, pp. 66 y s; como ejemplo de una ordenanza procesal vinculada a la teoría positiva de la prueba, La Ordenanza Criminbal Prusiana de 1805 (allí §§ 370 y ss.); como ejemplo de la concreción de la teoría negativa de la prueba, la Ordenanza Procesal de Baden, de 1845 (allí, § 270).

[13] Cf. p. ej., FEUERBACH, *Geschworenengericht, supra* nota 4, pp. 132 y ss.; MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise, supra* nota 3, pp. 84 y ss; ZACHARIÄ, *Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens*, 1846, pp. 185 y ss.; para el proceso civil, p. e., GÖNNER, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses*, 1801, tomo 2, p. 255; V. GROLMANN, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*, 1800, p. 120; REINHARDT, *Handbuch des gemeinen deutschen ordentlichen Processes*, primera parte, 1823, p. 372.

principio de la libre valoración de la prueba en el transcurso del siglo XIX se debe a diferentes razones.

3. Seguramente, en la segunda mitad del siglo XVIII y a comienzos del XIX se ha de haber advertido con mayor claridad que hasta ese momento cuán problemática resultaba, por ejemplo, la llamada prueba "perfecta" de los antiguos ordenamientos procesales desde la perspectiva de llegar a la verdad. Las investigaciones de la filosofía de la Ilustración en materia de teoría del conocimiento, con el planteo de la cuestión relativa a qué es lo que podemos conocer, y las ciencias empíricas, tales como la psicología, habían acentuado la conciencia con respecto a lo dudoso de los esfuerzos dirigidos a querer averiguar la verdad con estos instrumentos[14]. Al ismo tiempo, los intentos emprendidos por otras ciencias, tal como la historia, en pos de la reconstrucción del pasado, ponían de manifiesto que tales reconstrucciones debían tomar en consideración la totalidad del material relevante y del saber empírico, y que no podían realizarse sobre la base de partes obtenidas en forma selectiva[15]. Condenas admitidas como errores judiciales a posteriori también hicieron su aporte al descrédito de las reglas probatorias que había conducido a su dictado.

Sin embargo, no fue sólo el peligro, mejor fundado en la teoría y cada vez más visible, de errar a la verdad, el que condujo a la desaparición de las reglas de prueba legales. También hizo un aporte esencial hacia esta evolución una modificación en el ámbito de la comprensión fundamental y las condiciones básicas del procedimiento probatorio. Esto se advierte con mayor claridad, por cierto, en el procedimiento de pruebas penales.

4. Su objetivo dentro del procedimiento inquisitivo consistió, por siglos, en la condena del inquirido sospechado del hecho, o al menos, en determinar si existían en su contra las pruebas que comprobaban el hecho y lo condenaban[16]. Los medios de prueba eran asegurados y valorados en el trasfondo de este planteo de la cuestión. Lo que interesaba no era una reconstrucción de lo históricamente

[14] Cf., p. ej., las reflexiones diferenciadas de BECCARIA, *Über Verbrechen und Strafen* (Dei delitti e delle pene, 1765), versión alemana de Alff, 1966, con respecto a la prueba de testigos (cap. XIII), Indicios (cap., XIV) y acerca de la tortura (cap. XV); FILANGIERI, *System, supra* nota 11, pp. 228 y ss.; VOLTAIRE, "Commentaire sur le livre des delits et des peines", 1766, en *Oeuvres completes*, 1785-1789, vol. XIX, § XXIII, p. 264; otras referencias relativas a la toma de posición de los filósofos de la Ilustración, en NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung, supra* nota 5, pp. 99 y ss.

[15] Con relación a los paralelos entre el trabajo del juez en la valoración de las pruebas y el del historiados, cf., p. ej., JARKE, *Zur Criminalgesetzgebung, supra* nota 3, pp. 129 y ss., esp., p. 144 y s; ABEGG, *Lehrbuch des gemeinen Criminal-Prozesses*, 1855, pp. 140 y s.; otras referencias de la literatura italiana, en NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung, supra* nota 8, pp. 38 y s., quien, por cierto, al dejar de lado el contexto normativo, es escéptico.

[16] THÄLE, *Verdachtsstrafe, supra* nota 10, pp. 25; ver también KÜPER, *Richteridee, supra* nota 8, p. 131, con otras referencias acerca de las citas correspondientes de los comentarios a la Carolina.

verdadero que fuera sostenible desde el punto de vista de la teoría del conocimiento y de las ciencias empíricas. Antes bien, de lo que se trataba era de encontrar aquellas pruebas que en ese tiempo aparecían como suficientemente fuertes como para tener por culpable al inquirido, y según las concepciones de la época, legitimar su condena. La confesión del hecho por parte del inquirido mismo o su imputación por dos testigos del hecho creíbles tenían para el pensamiento de la época, más apegado a una cierta simbología o ideología de la prueba que a la teoría del conocimiento o al pensamiento empírico, constituían esas pruebas decisivas. Si ellas estaban presentes, la así llamada prueba perfecta[17], el hecho, desde ese punto de vista, estaba probado; así, ya no quedaba espacio para una valoración amplia de las pruebas destinada a la fundamentación de la verdad[18].

Este espacio sólo podía surgir en tanto se pusiera en cuestión la idea rectora del procedimiento inquisitivo, y se pusiera decididamente en el centro del proceso no ya el tener por culpable al inquirido por medio de una prueba perfecta, sino de la averiguación de la verdad histórica, y se reflexionara nuevamente acerca de la cuestión de la prueba, a partir de ese punto, sin prejuicios. Sólo a partir de esa perspectiva podía realmente llegar a tener efecto la crítica a las reglas positivas de la prueba fundada (también) empíricamente y en la teoría del conocimiento. Inicialmente esto ya sucedió –sobre la base de la literatura de la Ilustración[19]– dentro del procedimiento inquisitivo, con el paso de las reglas de prueba positivas a conceptos de teorías negativas de la prueba: el juez ya no estaba obligado a condenar frente a la presencia de ciertas pruebas (p.ej. la declaración de dos testigos) a pesar de que tuviera dudas acerca de la comisión del hecho (esto es, acerca de la verdad de lo dicho), es decir, cuando no tenía la convicción de aquél[20]. Antes bien, le estaba prohibido condenar solamente cuando no pudiera apoyar la propia convicción de la comisión del hecho en ciertas pruebas calificadas. De este modo, la teoría de la prueba ya no pretende asegurar la verdad, sino que únicamente se esfuerza por evitar condenas problemáticas.

---

[17] Acerca de la distinción entre prueba perfecta (completa) e imperfecta (incompleta cf. p. ej., FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 1801, §§ 594 y s.; V. GLOBIG, *System der Gesetzgebung für das gerichtliche Verfahren*, 1809, pp. 141 y ss.; acerca del procesocivil, p. ej., V. GROLMANN, *Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten*, 4ª. edición, 1819, pp. 120 y ss.; WALTER, *Freie Beweiswürdigung, supra* nota 8, p. 79.

[18] Si bien para la Carolina la verdad de la prueba de confesión, central durante mucho tiempo, no debía quedar fuera de consideración, sino que se debía examinar su credibilidad (al igual que respecto de los testigos), en la práctica, en general, esto se manejaba bien superficialmente; este procedimiento no resultaba comparable con la actual valoración de la prueba; cf. al respecto también THÄLE, *Verdachtsstrafe, supra* nota 10, p. 25.

[19] Cf. p. ej. BECCARIA, *Über Verbrechen, supra* nota 14, cap. XII a XV; FILANGIERI, *System III, supra* nota 11, pp. 22 y ss.; VOLTAIRE, *Commentaire, supra* nota 14, pp. 263 y ss.; otras referencias en NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung, supra* nota 5, pp. 99 y ss.

[20] Cf. KÜPER, *Richteridee, supra* nota 8, p. 191: "Función de control" de la convicción judicial.

5. Estas obligaciones restantes también fueron cayendo con el tiempo, y esto se relaciona con otras modificaciones en el ámbito de las condiciones básicas del procedimiento de prueba. El objetivo de las obligaciones, desde la perspectiva de la teoría negativa de la prueba, era la protección del imputado frente al arbitrio judicial. A fin de asegurar esa protección, el juez sólo debía estar autorizado a condenar, cuando existieran –además de su convicción– medios de prueba calificados. La razón para garantizar esa protección se relacionaba, fundamentalmente, con la dependencia de los jueces designados respecto del señor feudal. Una valoración judicial de la prueba completamente libre aparecía, desde la perspectiva de esta dependencia, como un peligro demasiado grande para la libertad del ciudadano[21].

Correspondientemente, también cayeron las sujeciones por la derrota de la teoría negativa de la prueba en tanto y en cuanto se consideraba que este peligro ya no estaba presente. Este era el caso, en principio, en la medida en que la jurisdicción recaía en manos de jueces legos (jurados). A ellos no sólo se les atribuía la racionalidad y experiencia necesarias para el juzgamiento de la cuestión probatoria o de hecho. Además, ellos aparecían como suficientemente independientes como para permitirles (y confiarles) el juzgamiento de la cuestión de hecho libre de reglas de prueba[22]. Correspondientemente, el Code d'instruction criminelle francés al tiempo que introducía el juicio por jurados, decretaba su libertad de reglas de prueba legales; los jurados debían decidir conforme su íntima convicción ("Intime conviction") y sobre la base de todas las pruebas producidas en el debate a favor y en contra del acusado, si el acusado había cometido el hecho[23]. Pronto aparecen reglas similares en otros estados, también en los códigos particulares de Alemania[24].

[21] Así, p. ej., MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise, supra* nota 3, pp. 120 y s.; otras referencias, en detalle, KÜPER, *Richteridee, supra* nota 8, pp. 218 y s.; ver también NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung, supra* nota 5, p. 144 y ss., esp. 153 y ss.; EB. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3a. ed., 1965, pp. 329 y ss, esp. 333 (reproducción de una opinión de v.Gagern), 334, 335, 339 y s., 341 y s.; V. SAVIGNY, *Beweistheorie, supra* nota 3, pp. 471 y ss. (p. 474 [con relativizaciones]).

[22] Cf. el aporte a la discusión de Duport en la Convención constituyente (francesa) del 4 de enero de 1971, reproducida por NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung, supra* nota 5, pp. 128 y s.; MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise, supra* nota 3, pp. 120 y s.

[23] Cf. art. 242 del Code d'instruction criminelle de 1808; con anterioridad a esto, ya un decreto de 1791 y las leyes de 1795 y 1801; una presentación de la evolución en NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung, supra* nota 5, pp. 119 y ss., 139 y ss. y WALTER, *Freie Beweiswürdigung, supra* nota 8, pp. 68 y ss.

[24] Un excelente panorama de la evolución en estados alemanes particulaes en GEYER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafverfahren*, 1880, pp. 146 y ss.; esp. 155 y ss.; en Austria, loc. cit., pp. 182 y ss., y KRIETER, *Beweiswürdigung, supra* nota 10, pp. 12 a 65; ver además, KUNZ, *Tatbeweis, supra* nota 5, pp. 583 y s. (otros estados); NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung, supra* nota 5, pp. 147 y ss. (estados alemanes); V. SAVIGNY, *Beweistheorie, supra* nota 3, pp. 471 y ss., esp. 472 y s., 482 y s.; Eb. Schmidt,

La autorización para decidir acerca de la cuestión de hecho, libre de reglas de prueba, sólo a partir de las convicciones personales, en principio, estaba limitada a los jurados; a los jueces profesionales no se les concedía (aún) esta libertad. A ellos sólo les fue abierta una valoración de la prueba y de la cuestión de hecho libre de reglas de prueba legales luego de que también su independencia apareciera suficientemente asegurada. En los estados alemanes particulares –al igual que en una serie de estados europeos– las base para esto quedaron sentadas en el curso del siglo XIX[25]. De este modo, también el principio de la libre valoración judicial de la prueba y de la decisión conforme la convicción personal se convierte primero en un principio general para la decisión de la cuestión de hecho en las ordenanzas procesales penales de los estados particulares[26], y luego, en la Ordenanza Procesal Penal del Imperio de 1877 (hasta 1924, § 260, luego, § 261)[27].

6. Mucho más lenta que en el proceso penal, y en relación con éste, desplazada en el tiempo, fue la evolución en el proceso civil. Por cierto, al finalizar el sigo XVIII y comenzar el XIX, también aquí eran conocidos los déficits de la teoría de las

Geschichte*,* *supra* nota 21, pp. 333 a 337; SCHWINGE, *Der Kampf um die Schwurgerichte bis zur Frankfurter Nationalversammlung*, 1926, pp. 6 y ss., esp. 66 y ss.

[25] Cf. pej. las constituciones de Baviera (1818, título VIII, § 3), Baden (1818, § 14), Württemberg (1819, § 93), Chur-Hessen (1831, §123), Sajonia (1831, § 47), Prusia (1848, § 85) y la Paulskrichenverfassung de 1849 (§175); en detalle, al respecto, Kotulla, Die verfassungsrechtliche Ausprägung der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit im 19. Jahrhundert, DriZ, 1992, pp. 285 y ss.

[26] Cf., p. ej. la introducción en Prusia mediante ley del 17 de julio de 1846 (§ 19) y la disposición del 3 de enero de 1849; en detalle, KÜPER, *Richteridee, supra* nota 8, pp. 221 y ss, esp. 238 y s.; y KRIETER, *Beweiswürdigung, supra* nota 10, pp. 24 y s.; una introducción a otros estados particulares en GEYER, *Lehrbuch, supra* nota 24, pp. 700 y s.; V. KRIES, *Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts*, 1892, pp. 61 y s; KRIETER, *Beweiswürdigung, supra* nota 10, pp. 12 a 18 y 27 a 65; SUNDELIN, *Sammlung der neueren deutschen Gesetze und Strafverfahren*, 1861, pp. 158 y s.; (Hannover, § 156), 204 (Hessen, 1° título, art. 5), 436 (Sachsen-Altenburg, art. 238), 494 (Oldenburg, 1° título, art. 5) y 641 (Sajonia, 1° cap., art. 10); acerca de la muy anterior (impuesta) introducción de la libre valoración de la prueba para jueces profesionales en Italia, cf. NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung, supra* nota 5, pp. 164 y ss; un panorama acerca de la evolución posterior en V. SAVIGNY, *Beweistheorie, supra* nota 3, pp. 471 (esp. 482 y s.).

[27] Naturalmente –además de asegurar la independencia– también jugaron un papel otras circunstancias, tales como el punto de vista que se iba imponiendo de a poco relativo a que sujeción del juez contenida en las reglas legales no desaparecía del todo sino que eran reemplazada por reglas del pensamiento y de la experiencia (esto es acentuado, con razón, por KÜPER, *Freie Beweiswürdigung* [*supra* nota 8], p. 23, [esp. 33 y ss.]. Sin embargo, resulta característico que a pesar de que esta opinión relativa a la renuncia a la sujeción de los jueces profesionales a reglas de prueba legales ya estaba consolidada en los años 30 del siglo XIX, ella no se produjo sino hasta que, mediante la garantía constitucional de la independencia, también pareció asegurado a los jueces profesionales que era suficiente con las sujeciones menos explícitas para protegerse de la justicia dependiente (cf. también GEYER, "Der Beweis im Strafprozeß", en VON HOLTZENDORFF (comp.), *Handbuch des deutschen Strafprozeßrechts*, tomo I, 1879, p. 201: 1948 como momento del "viraje" y PATERMANN, *Die Entwicklung des Prinzips der freien Beweiswürdigung im ordentlichen deutschen Zivilprozeß in Gesetzgebung und Lehre*, tesis doctoral Bonn, 1969, pp. 172 y ss.).

pruebas legales[28]. Pero la institución que en el proceso penal constituyó el elemento desencadenante para un apartamiento parcial, al menos por el momento, de la teoría de las pruebas legales, esto es, el juicio por jurados o el jurado, en el proceso civil era prácticamente rechazado por completo. Por ello, no es sorprendente que el reclamo en pos de una libre valoración de la prueba recién apareciera aquí cuando en la discusión en el proceso penal se hizo cada vez más claro que no era posible sostener la limitación del principio de la libre valoración de la prueba a los tribunales de jurados. Naturalmente, puestos los fundamentos de este modo, la evolución se produjo con rapidez: pocos años después del reclamo de Endemann de derogar las reglas de pruebas legales[29], y de que tres juristas de ocuparan de la cuestión, los proyectos para la creación de un ordenamiento procesal civil para los Estados federados alemanes ya preveían la libre valoración de las pruebas también en el proceso civil[30], y finalmente, se convirtieron en derecho vigente bajo la forma del § 259 (hoy §286) de la Ordenanza Procesal Civil.

Las reflexiones que anteceden muestran –necesariamente, en forma esquemática– cuáles fueron los obstáculos que debieron ser sorteados hasta que se pudiera imponer el punto de vista, que hoy parece casi evidente, de que la determinación de lo verdaderamente sucedido históricamente no es posible en el proceso mediante reglas legales rígidas, sino sólo a través de una valoración de la totalidad del material probatorio puesto de manifiesto durante el proceso libre de tales reglas. El proceso penal debió liberarse primero de la restricción de la cuestión de la verdad, usual en el procedimiento inquisitivo, a la existencia de una prueba “perfecta”, esto es, condenatoria, definida legalmente; se debió imponer la noción de la inutilidad de soluciones legales rígidas como instrumentos para la comprensión de la verdad en situaciones probatorias muy diversas; pero también la independencia (y neutralidad) del juez era una condición importante para facultarlos a valorar la prueba libres de reglas de prueba legales.

Por cierto, la libertad frente a reglas de prueba legales así lograda y entendible, sólo constituye un aspecto de la valoración de la prueba. Más allá de esta libertad ¿qué es la valoración judicial de la prueba? ¿Qué es lo que la guía, cómo se estructura?

II. Acerca de la estructura y el parámetro de la libre valoración de la prueba

1. En este punto, elemental para la práctica de la valoración de la prueba, las afirmaciones teóricas de la doctrina procesal penal se tornan, en su mayoría,

---

[28] Cf., PATERMANN, *Freie Beweiswürdigung, supra* nota 27, pp. 17 y ss.; WALTER, *Freie Beweiswürdigung , supra* nota 8, pp. 78 y s.

[29] Cf. ENDEMANN, *Beweislehre, supra* nota 4, ya en el prólogo y pp. 623 y ss., esp. 633.

[30] En detalle al respecto, WALTER, *Freie Beweiswürdigung, supra* nota 8, pp. 83 y ss.; PATERMANN, *Freie Beweiswürdigung, supra* nota 27, pp. 155 y ss.

sorprendentemente escasas. Esto también rige respecto de los trabajos fundamentales sobre teoría de la prueba que en el siglo XIX prepararon y acompañaron el paso hacia el principio de la libre valoración de la prueba. En ellos se menciona –al igual que hoy– como tópicos junto a la libertad, especialmente, la razón y la experiencia[31]. Otros destacan la importancia de los fundamentos: tendríamos, en su caso, motivos, para aceptar como verdaderas ciertas situaciones de hecho[32]. Pero no se dice exactamente en qué relación se encuentran libertad, razón, experiencia y motivos entre sí. Se trasmite una imagen que recuerda a la doctrina de la discrecionalidad limitada[33]. Según esto, la libertad de la valoración de la prueba no es completamente libre, sino que es *limitada* por la razón y la experiencia[34]. Desde el punto de vista estructural, de lo que parece tratarse es de captar, de *analizar,* los motivos en favor y en contra de la verdad de cierta situación de hecho, y dado el caso, de *ponderarlos* entre sí[35], y así llegar a una representación definitiva de la verdad (o no verdad) de una cierta situación de hecho. Estas descripciones e imágenes no son incorrectas. Pero requieren ser precisadas en diferentes aspectos.

La razón y la experiencia no son, en primer término, límites a la libertad de la valoración de la prueba. Esa libertad sólo existe en relación con la ley; en esa medida, la valoración de la prueba está libre de pautas en la forma de reglas de prueba legales. En la relación con la razón y la experiencia no existe libertad, sino una vinculación constante: si no ha de errarse al objetivo de la determinación de la verdad, la valoración de la prueba, en cada uno de sus pasos y actos parciales, ha de orientarse a la razón y la experiencia. Ellas constituyen la columna vertebral de la valoración de la prueba, que la acompaña y guía en cada uno de sus pasos.

---

[31] Tales JARCKE, MITTERMAIER y V. SAVIGNY (todos en *supra* nota 3); hoy, p. ej. KUNZ, *Tatbeweis, supra* nota 5, pp. 572 y ss., esp. p. 576 y s.

[32] Cf., p. ej., ABEGG, *Lehrbuch des gemeinen Criminal-Prozesse*, 1855, pp. 138 y ss.; JARCKE, *Criminal-Gesetzgebung, supra* nota 3, pp. 129 y ss. 129 y ss., esp. 133 y passim, p. ej., 138, 140 y s., 150 y s.; también V. SAVIGNY, *Beweistheorie, supra* nota 3, pp. 471 y ss., esp. 484 y s.).

[33] También el concepto mismo de "discrecionalidad" es utilizado una y otra vez en el contexto de la valoración de la prueba; cf., p. ej., JARCKE, *Criminal-Gesetzgebung, supra* nota 3, pp. 129 y ss., esp., 156; MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise, supra* nota 3, pp 16 y ss., esp. 19 y s., 85; V. SAVIGNY, *Beweistheorie, supra* nota 3, pp. 471 y ss., esp. 476, 487: espacio de la discrecionalidad pp. 488, 489, 491); diferente, hoy, ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht, supra* nota 2, §112, n° 3.

[34] Cf., por todos, en la literatura procesal actual, p. ej., SCHORIET, en *Karlsruher Kommentar StPO*, 6ª. ed., 2008, §261, VI: Logik, Erfahrungssätze und gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse als „Grenzen der freien richterlichen Beweiswürdigung"; similar, ROXIN/SCHÜNEMANN, *Strafverfahrensrecht*, 27a. ed., 2012, §45, n° 49 y ss.; ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, *Zivilprozessrecht, supra* nota 2, §112, n° 37.

[35] Cf., p. ej., MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise, supra* nota 3, p. 14; JARCKE, *Criminal-Gesetzgebung, supra* nota 3, pp. 129 y ss., esp. 134; GEYER, *Beweis, supra* nota 27, p. 93; MEZGER, *Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß*, suplemento de la AcP 117, 1918, pp. 158 y ss.

Pero no sólo resulta problemática la imagen de la libertad limitada por la lógica y la experiencia. En función de la estructura de la valoración de la prueba, tampoco es correcto hablar de analizar mediante la ponderación. En realidad, los fundamentos o los medios de prueba no se ponderan entre sí a fin de establecer cuál es el de mayor peso. Antes bien, se establece la relación entre los medios de prueba y determinadas hipótesis. Lo que se pregunta, según esto, es si tales hipótesis son compatibles con los elementos de prueba y cuáles de ellos las sustentan. Al mismo tiempo, de lo que se trata es de descartar hipótesis concurrente a partir del material de prueba. En tanto exista material de prueba que se oponga a la hipótesis a ser comprobada, la cuestión que se plantea, relativa a si es posible desvirtuar la relevancia de ese material probatorio, es algo totalmente diferente a la que se presupone en la ponderación. En líneas generales, el procedimiento de la valoración de la prueba se asemeja a la determinación de la verdad (histórica) que realiza el historiador, y en este sentido, ha sido descripta también en la teoría del conocimiento[36], la teoría del derecho[37] y en algunas obras de doctrina de derecho procesal[38].

2. Las hipótesis que han de ser examinadas y confirmadas surgen, en principio, del derecho material[39]. Éste es el que establece qué es lo que debe estar probado como verdadero y qué debe quedar excluido a fin de que pueda recaer una determinada sentencia. De este modo, por regla general, interesa la verdad no de una, sino de varias hipótesis. A partir del ejemplo de la condena en el proceso penal: aquí no sólo debe estar probado que el acusado ha realizado un cierto suceso externo (que reúne los elementos del tipo de un delito). Además, se debe comprobar como verdadera la hipótesis de que, al hacerlo, el acusado actuó con una cierta actitud subjetiva (dolo, cierta finalidad). Además de esto, debe estar probado que no se han dado ciertas situaciones de hecho que, según el derecho material, excluyen la punibilidad (causas de justificación o de disculpa).

---

[36] Cf. esp., KRAFT, *Erkenntnislehre*, 1960, pp. 241 y ss; cf. en la literatura filosófica, además, LOTZE, *Logik*, 1874, Libro 2, Cap. 9, pp. 421 a 425 (n° 278 a 280), SIGWART/MAIER, *Logik*, tomo 2, 4ª. ed., 1911, § 99, pp. 613 y ss.).

[37] Cf., asimismo, en detalle, ENGISCH, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, 3a. ed., 1963, pp. 60 y ss., 75 y ss., HRUSCHKA, *Die Konstitution des Rechtsfalles*, 1965, pp. 12 y ss.; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 11a. ed., 2012, pp. 75 y s.

[38] Cf. de la literatura antigua p. ej., ya JARCKE, *Criminal-Gesetzgebung, supra* nota 3, pp. 129 y ss., esp. 182 y ss.; más tarde, GLASER, *Lehre vom Beweis, supra* nota 12, pp. 132 a 152; ídem, *Handbuch des Strafprozesses I*, 1883, pp. 344 y ss., 736 y ss.; PLANCK, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrecht II*, 1896, pp. 165 y ss., 190 y ss.; RUMPF, *Der Strafrichter I*, 1912, pp. 182 y ss.; de la litertura procesal más actual, DÖHRING, *Die Erforschung des Sachverhalts im Prozeß*, 1964, pp. 429 y ss.; FREUND, *Normative Probleme der „Tatsachenfeststellung"*, 1987, pp. 12 y ss.; FRISCH, "Gegenwartsprobleme des Vorsatzbegriffs und der Vorsatzfesstellung", en GEPPERT et. al. (comp.), *Gedächtnisschrift für Karlheiz Meyer*, 1990, pp. 533 y ss., esp. p 554 y ss.

[39] "En principio", por cuanto al examinar estas hipótesis pueden surgir otras que deban ser examinadas; cf. al respecto *infra* y, esp. texto vinculado a la nota 41.

a) La prueba (de la verdad) necesaria con relación a estas hipótesis presupone (en principio) que la hipótesis a ser comprobada sea compatible con el material probatorio recogido y que pueda ser sustentada (confirmada) por él.

Esta confirmación exige, por ejemplo en el caso de las manifestaciones de testigos o peritos, no sólo que éstas confirmen materialmente (en forma total o parcial) la hipótesis[40]. El apoyo (de la verdad) de la hipótesis sólo se produce cuando, al mismo tiempo, es posible partir de la veracidad de la manifestación[41]. A su vez, esto presupone que la manifestación, y especialmente, también el declarante de la manifestación, cumplan una serie de requisitos[42]. El declarante, por ejemplo, por el lugar en que se encontraba, sus capacidades sensoriales, demás condiciones del lugar del hecho, etc., debe haber podido percibir correctamente el suceso referido; debe tener la capacidad de memoria necesaria con relación a la experiencia de ese momento; debe aparecer asegurado que ha hecho uso de esa capacidad durante el proceso, como así que quería decir la verdad y que no tenía motivos para distorsionarla o para declarar injustamente en contra del acusado. Con relación a los peritos, además, debe aparecer asegurado que cuentan con la pericia necesaria para el análisis de las cuestiones que les han sido planteadas y que han aplicado su ciencia en la forma debida. Con respecto a los documentos que comprueban una cierta acción (p.ej., un engaño), del mismo modo, se debe asegurar que son auténticos y que se corresponden con los documentos presentados en su momento (p.ej., que no fueron cambiados), etc. [43].

Del mismo modo se presenta la cuestión, posterior a la valoración de la prueba en todos estos casos, relativa a si aquéllos (o en su caso, otros) cumplen los requisitos significativos para asignar fuerza probatoria al medio de prueba, o si no hay razones, en el caso concreto, para dudar que ellos se den, o incluso que hagan pensar que no se dan. Si tales dudas no pueden ser descartadas y no se dispone de otros medios de prueba, la comprobación de la verdad habrá fracasado. De acuerdo con esto, la valoración de la prueba significa aquí la constatación de si los medios de prueba temáticamente relevantes satisfacen aquellas condiciones

[40] En esa medida, se trata de un problema de interpretación de las expresiones, que, en realidad, es previo al de la valoración de la prueba; del mismo modo, y con relación a otras "relaciones de signos" en el marco de la valoración de la prueba, ENGISCH, *Logische Studien, supra* nota 37, pp. 67 y s.

[41] En lo fundamental, esto constituye otra hipótesis que requiere, a su vez, ser probada (en su caso, analizada). Con relación a los presupuestos de la verdad de estas hipótesis, infra.

[42] Al respecto, en detalle, ENGISCH, *Logische Studien, supra* nota 37, pp. 69 y ss., y GLASER, *Lehre vom Beweis, supra* nota 12, pp. 214 y s., 230 y ss., 246 y ss., 257 y ss.

[43] Interesantes consideraciones acerca de estos presupuestos referidos a los medios de prueba en particular y su contenido (valor) de verdad se encuentran en gran cantidad en la literatura procesal del siglo XIX, cf. p. ej., MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise, supra* nota 3, pp. 215 y ss. (acerca del valor probatorio de los dictámenes periciales), pp. 347 y ss. (valor probatorio de una declaración testimonial), 432 y ss, 435 y ss. (prueba de indicios); GLASER, *Lehre vom Beweis, supra* nota 12, pp. 190 y ss.

únicamente con las cuales se las puede considerar la comprobación de la verdad de la hipótesis a ser probada. El cumplimiento de todos estos requisitos necesarios, al mismo tiempo, aportan los (arriba ya mencionados) *motivos*, a partir de los cuales –en caso de tal cumplimiento– podemos, o en su caso, creemos poder partir de la verdad de la hipótesis.

b) Cuando la adquisición de la prueba ha puesto de manifiesto elementos de prueba que se contraponen con la hipótesis a ser comprobada, se hacen necesarias consideraciones en la dirección opuesta.

En esta medida, gran importancia práctica tiene el caso de las declaraciones de testigos contrapuestas, por ejemplo, cuando dos testigos afirman en forma coincidentes haber visto al acusado en el lugar del hecho (o incluso, haberlo visto al cometer el hecho), mientras que un tercero le proporciona una coartada[44]. Aquí de nada sirve la ponderación. Para que se pueda seguir la hipótesis de la autoría del acusado –sobre la base de ambas declaraciones testimoniales coincidentes–, ambas declaraciones no sólo deben satisfacer las condiciones (ya señaladas) a partir de las cuales es posible tener por veraces a estas manifestaciones. Además, se debe poder refutar racionalmente el material probatorio que se contrapone a la hipótesis a ser probada. Esto puede ser realizado, por un lado, en cuanto la contracción pueda ser resuelta como meramente aparente, por ejemplo, porque el acusado, luego del encuentro con los testigos que de descargo, hubiera tenido suficiente tiempo como para llegar al lugar del hecho. Si no es posible una armonización de esta clase, las manifestaciones que no se compatibilizan con la hipótesis sólo pueden ser refutadas si se logra constatar que ellas, por su parte, no cumplen ciertas condiciones necesarias para tenerlas por ajustadas a la verdad –p.ej., por un evidente interés personal del testigo en la absolución del acusado– (mientras que, a la inversa, las de los testigos de cargo sí cumplen con estas condiciones).

Por lo tanto, prescindiendo de la cuestión de las posibles armonizaciones (compatibilidad de medios de prueba aparentemente contradictorios) nuevamente, de lo que se trata es de si los medios de prueba cumplen aquellas condiciones que deben satisfacer para tener por verdaderas las manifestaciones u otras comprobaciones, según el caso.

c) Las reflexiones relativas al cumplimiento o no de las condiciones para la fuerza probatoria de los medios de prueba (p.ej., credibilidad de testigos, verosimilitud de las declaraciones, autenticidad de los documentos) así como a la posibilidad de armonizar pruebas aparentemente contradictorias constituyen un área central de la valoración de la prueba. Sin embargo, ellas no agotan las consideraciones que deben ser realizadas. Sólo es posible conformarse con ellas cuando apoyan las

[44] Cf. ya MITTERMAIER, *Lehre vom Beweis, supra* nota 3, p. 73.

hipótesis a ser comprobadas de tal manera que su veracidad pueda tenerse por comprobada, y al mismo tiempo, lo contrario pueda ser tenido por refutado. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando declaraciones testimoniales creíbles y verosímiles confirman en forma coincidente la comisión del hecho por parte del acusado, cuando el autor fue filmado al cometer el hecho por una cámara de vigilancia, cuando un error médico contrario a la lex artis y su causalidad respecto de la muerte del paciente ha quedado constatado en un dictamen pericial de la materia que es coherente y parte de hechos ciertos, cuando el dolo del acusado se deriva de manifestaciones hechas por éste inmediatamente antes de la comisión del hecho, etc.

Pero otra es la situación cuando las circunstancias de prueba, si bien apoyan la hipótesis, no aportan una prueba completa con relación a su veracidad, en tanto sigue quedando lugar para la veracidad de otras hipótesis. Tales situaciones son concebibles, especialmente, respecto de la llamada prueba de indicios (o prueba indirecta)[45]. Es característico de ella que falten los testigos o registros que prueben lo realmente acontecido. La hipótesis normativamente relevante, conforme la cual el acusado fue quien cometió el hecho (el homicidio de la víctima, el apoderamiento de una cierta suma de dinero), por lo tanto, debe ser constatada mediante otras circunstancias que hablan en favor de que haya sido el acusado quien cometió el hecho (p. ej., amenazas del acusado a la víctima antes del hecho, rastros en el lugar del hecho, la conducta del acusado luego del hecho, p. ej., la disponibilidad repentina de dinero a pesar de que antes carecía de medios, el modo de comisión del hecho y la comisión de hechos previos comparables por parte del acusado).

En tales casos, la verdad de la hipótesis a ser comprobada no queda constatada ya cuando una serie de circunstancias de prueba la apoyan. Además, las circunstancias de prueba deben excluir otra explicación del hecho –p.ej., de la muerte de la víctima o de la desaparición de una cierta suma de dinero– que la que se afirma en la hipótesis a ser comprobada (la autoría del acusado)[46]. Así, por ejemplo, ellas deben excluir que la muerte de la víctima haya sido producida por autolesión o por otra persona que el acusado, por ejemplo, porque se hubieran podido encontrar en la víctima otros rastros de lesiones o huellas en el lugar del hecho (y no sólo las de la víctima y el acusado)[47]. Por ejemplo[48], si se atribuye a un obrero haber sustraído

---

[45] Al respecto, en detalle, ya GLASER, *Handbuch des Strafprozesses, supra* nota 38, pp. 736 y ss.; MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise, supra* nota 3, pp. 402 y ss; de la litertura más reciente, ENGISCH, *Logische Studien, supra* nota 37, pp. 71 y ss.

[46] Cf. al respecto, p. ej. GLASER, *Lehre vom Beweis, supra* nota 12, pp. 134 y ss. (esp. pp. 138 y s.); ídem, *Handbuch des Strafprozesses, supra* nota 38, pp. 736 y ss., 743 y ss.; ENGISCH, *Logische Studien, supra* nota 37, pp. 77 y ss. (esp. pp. 80 y s.).

[47] Con relación a estas hipótesis que construyen la (o una) tesis contraria a lo que se ha de probar, y su exclusión, en detalle, ENGISCH, *Logische Studien, supra* nota 37, pp. 74 y ss.; GLASER, *Lehre vom*

una cierta suma de dinero mientras realizaba un trabajo en la casa de un cliente, deben ser excluidas otras explicaciones para la desaparición de la suma de dinero. Esto es posible, por ejemplo, cuando se puede comprobar que el dinero, inmediatamente antes de que el acusado comenzara a trabajar, todavía se encontraba y que hasta que se estableciera su desaparición sólo él tenía acceso al lugar en el que se encontraba el dinero. De lo contrario, cuando estas constataciones no son posibles, es decir, por ejemplo, que existe la posibilidad de que el dinero ya hubiera faltado antes de que comenzara a trabajar el acusado o que permanece como una hipótesis posible, conforme las circunstancias concretas, que haya sido tomado por otra persona antes de que se descubriera la pérdida. Para lo comprobación de la credibilidad de declaraciones testimoniales acerca de circunstancias indiciarias y del contenido de la declaración de ciertas circunstancias establecidas por reconocimientos, por lo tanto, se agrega aquí, por lo tanto, un procedimiento apagógico, dirigido a excluir de hipótesis alternativas concurrentes[49].

3. Para responder a las cuestiones precedentemente esquematizadas que se plantean en el marco de la valoración de la prueba, el juez es libre en la medida en que la ley no le dice mediante qué medios de prueba ha quedado reunida o no (todavía) la prueba necesaria. Fuera de esto, no se puede hablar de libertad. Así como las *preguntas* que deben plantearse en el marco de la valoración de la prueba para el examen de la verdad de la, o las, hipótesis están dadas por la lógica (leyes del pensamiento) y la experiencia, del mismo modo, también su *respuesta* debe seguir la lógica y los principios de la experiencia.

Las leyes de la lógica establecen, por ejemplo, que lo afirmado en la hipótesis sólo podrá ser reconocido como verdadero, cuando ella sea lógicamente posible[50] y compatible con las circunstancias de prueba (y lo que éstas declaran o expresan) que aparecen como parte de la realidad conforme las leyes causales. Ellas dicen, por lo demás, que no podemos tener por verdadera (comprobada) una hipótesis, hasta tanto no puedan ser descartadas las hipótesis inconciliables con ella (p.ej., que

---

Beweis, supra nota 12, pp. 134 y ss. (esp. 138 y s.); KLUG, *Juristische Logik*, 4ª. ed., 1982, pp. 151 y s.; KUNZ, *Tatbeweis, supra* nota 5, p. 572 (588 y ss con otras referencias de la literatura angloamericana); E.SCHNEIDER/SCHNAPP, *Logik für Juristen*, 6ª. ed., 2006, pp. 180 y ss., esp. 182 y ss; en detalle, BUCHER, "Der von den Juristen verkannte apagogische Beweis", en HELDRICH *et. al* (comp.), *Festschrift für Canaris zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 991 y ss.

[48] El caso siguiente proviene de la práctica de la Cámara Penal de Menores de Freiburg.

[49] Con relación a este procedimiento, de suma importacia en la práctica jurídica, cf. además de las referencias en *supra* nota 47, en detalle, GLASER, *Handbuch des Strafprozesses, supra* nota 38, pp. 743 y ss., esp. 744 y s.; LOTZE, *Logik, supra* nota 36, cap. 9, §§ 279, 280; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, tomo 4, 1911, pp. 116 y ss.; RUMPF, *Strafrichter, supra* nota 38, pp. 182 y ss.; SIGWART/MAIER, *Logik, supra* nota 36, pp. 616 y ss. (esp. 621 y s.).

[50] Lo cual no sucede, por ejemplo, cuando de lo que se trata es de la supuesta presencia de una persona en dos diferentes lugares al mismo tiempo; ENGISCH, *Logische Studien, supra* nota 37, p. 79.

otro es el autor). La lógica y el conocimiento empírico nos dan información acerca de qué condiciones, p.ej. en la persona de un testigo o con respecto a sus declaración, se deben cumplir (y qué circunstancias no deben darse), a fin de que (con fundamento en la experiencia) sea posible partir de la verdad de lo manifestado[51]. Lo mismo rige con relación a otros medios de prueba personales como peritos o las manifestaciones del acusado. Las leyes de la lógica y la experiencia también nos dicen qué presupuestos deben satisfacer los documentos para que puedan ser considerados como prueba de la verdad de determinadas hipótesis. Y, del mismo modo, es únicamente la experiencia la que nos enseña qué podemos concluir a partir de objetos aparentes. Sin la experiencia tampoco sería posible establecer si ciertos elementos de prueba todavía dejan lugar para hipótesis concurrentes, y en esa medida, el respectivo conocimiento empírico nos dice, al mismo tiempo, cuáles son las hipótesis concurrentes que restan y qué es lo que se debe dar a fin de que esas hipótesis queden excluidas.

Pero la lógica y la experiencia no sólo *estructuran* la valoración de la prueba mediante el establecimiento de aquellos puntos y planteos que han de ser considerados o bien, respondidos, en el marco de la valoración de la prueba. Ellas constituyen también la *sustancia* a partir de la cual se elaboran las *respuestas*. La experiencia nos dice, por ejemplo, si es posible llegar en un cierto tiempo al lugar del hecho desde un lugar determinado (respecto del cual el acusado tiene una coartada), si las condiciones de luminosidad en el lugar y el momento del hecho eran tales que el testigo pudo haber visto lo que afirma, si tiene las capacidades de percepción necesarias, si entran en consideración blancos en la memoria, si existen razones en el caso concreto para poner en duda la voluntad o aptitud para una declaración veraz, etc. El conocimiento empírico, por lo demás, no brinda información con relación a si los conocimientos del perito son suficientes para responder ciertas cuestiones del caso concreto técnicamente, si las circunstancias en que se produjo un documento son tales que se pueda partir de la veracidad de lo registrado en el documento, o hasta dónde llega, y dónde termina, la fuerza convictiva de un reconocimiento. En pocas palabras: la estructura y el contenido de la valoración de la prueba están totalmente orientadas a la lógica y la experiencia. La lógica y la experiencia aportan los *fundamentos* sobre los cuales se apoya el resultado de la valoración de la prueba.

Esta orientación de la valoración de la prueba a la lógica y la experiencia, empero, no significa que la valoración de la prueba constituya un acto de conocimiento puro, determinado por estos parámetros. Las cuestiones preestablecidas por la lógica y la experiencia, tales como la credibilidad de un testigo, en el limitado

---

[51] Al respecto, en el presente contexto, puede quedar abierta la cuestión de en qué medida se trata de datos de la lógica y en qué medida, de la experiencia; al respecto, p. ej., ENGISCH, *Logische Studien, supra* nota 37, pp. 78 y s.; BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre, supra* nota 49, pp. 118 y s.

marco del proceso y en razón de cierta imprecisión de nuestro conocimiento empírico[52], con frecuencia, sólo pueden ser respondidas mediante una estimación, y de este modo, también contienen incalculables elementos volitivos. Tampoco la admisión o la superación de la duda en última instancia constituyen un acto de conocimiento puro, al igual que la adquisición de impresiones[53]. Sin embargo, tales elementos residuales volitivos o impregnados por lo personal de la valoración de la prueba no cambian nada en cuanto a su estructuración e impronta fundamental en la lógica y la experiencia; en especial, no los convierte en las sentencias sentimentales irracionales que algunos sostenedores de la teoría de las pruebas legales creían ver en la "libre" valoración de la prueba.

III. Acerca de la medida de la prueba: génesis, trasfondo y contenido del requisito de la convicción

1. El objetivo de la valoración de la prueba es establecer si aquella situación de hecho que presupone una condena (en el proceso civil: para la sentencia reclamada) como parte de la realidad, efectivamente se ha producido (y por lo tanto, son verdaderas las hipótesis que la caracterizan). Por cierto, este objetivo sólo puede ser logrado limitadamente. Quien no ha vivido él mismo la situación de hecho respectiva, sino que la debe reconstruir a partir de las manifestaciones de otros o de otras circunstancias, ya sólo por ello –incluso frente a un buen cuadro probatorio– nunca podría pretender llegar a la verdad con seguridad. Nunca es posible descartar del todo que alguna de aquellas condiciones, p.ej., a las que se sujeta la verdad de una declaración, en contra de aquello de lo que se partió y de lo que se debía partir en interés de posibilitar el actuar en la práctica, en realidad no está presente[54]. Lo único posible, son afirmaciones más débiles: que la situación de hecho relevante es altamente probable, o bien, que las circunstancias probatorias dan motivo suficiente como para partir de la verdad de la situación de hecho, es decir, para tenerla por verdadera.

La ley se debe hacer cargo de esto. No puede hacer depender la condena de la verdad comrpobada de la hipótesis relevante, sino que se debe conformar con menos. Y debe decir en forma precisa, qué sentencia reclama como resultado de la

---

[52] Acerca de los límites de la investigación, en detalle, KUNZ, *Tatbeweis*, *supra* nota 5, pp. 572 y ss., esp. 577 y s.; con relación a que el conocimiento empírico sólo puede ser conceptualizado limitadamente y, por lo tanto, también debe ser aplicado en forma intutitiva, cf. FRISTER, "Die persönliche Gewißheit als Verurteilungsvoraussetzung im Strafprozeß", en SAMSON et. al (comp.), *Festschrift für Gerald Grünwald*, 1999, pp. 169 y ss., esp. 179 y s.

[53] Cf., por ejemplo, RUMPF, *Strafrichter*, *supra* nota 38, pp. 190 y s.; MEZGER, *Der psychiatrische Sachverständige im Prozeß*, suplemento a la AcP 117, 1918, pp. 159 y s.; actualmente, p. ej., FIRSTER, *Gewißheit*, *supra* nota 52, p. 169 y ss., esp. 177 y ss.; KUNZ, *Tatbeweis*, *supra* nota 5, pp. 572 y ss, esp. 578, 591 y s.; KÜPER, *Richteridee*, *supra* nota 8, pp. 295 y ss., con otras referencias.

[54] Este aspecto ha sido destacado con claridad ya en la literatura procesal de comienzos del siglo XIX; cf. p. ej., STÜBEL, *Über den Thatbestand der Verbrechen…*, 1805, §§ 169, 179, 182-184.

valoración de la prueba, a fin de que se pueda dictar una decisión que presupone la idea de la verdad de una cierta situación de hecho. No sólo no debe perder de vista aquello que se puede alcanzar, sino también debe considerar que debe ser legitimable, en caso de que se alcance la medida de prueba fijada para la acción práctica de que se trate, partir de la verdad de la situación de hecho que necesita ser probada (la hipótesis que necesita ser probada)[55].

El derecho procesal penal actual –vinculado con diferentes códigos particulares–, para la descripción de la medida de prueba necesaria para un conocimiento condenatorio, tanto en el proceso civil como en el penal, se vale en la misma medida del concepto de convicción (§ 286, párr. 1, ZPO, § 261, StPO). De ese modo, recurre a un concepto que, en forma semejante, también se encuentra en el derecho procesal francés desde comienzos del sigo XIX ("intime conviction")[56], pero que también es utilizado en varios otros ordenamientos procesales[57]. Qué es lo que el legislador quiere expresar con "convicción" se puede ver remontándose a aquella discusión en materia procesal del siglo XIX que condujo a la introducción de la "convicción" como estándar de prueba exigida legalmente y que asignaba a este concepto una significación pparticular, también fundamentada en la teoría del conocimiento.

2. Varias son las razones por las cuales justamente la ciencia del derecho procesal se ocupó con particular intensidad de la cuestión del estándar de prueba, y de este modo, (también) de la convicción, a comienzos del siglo XVIII y primera parte del XIX.

En el proceso penal, a lo largo del siglo XVIII, –no en último término debido a la derogación de la tortura– aumentó visiblemente la cantidad de casos en los que no se disponía de los clásicos elementos prueba completa (confesión del acusado, dos testigos directos del hecho creíbles) y a pesar de ello, el tribunal tuvo al acusado por culpable sobre la base de otras pruebas. Resultaba urgente encontrar una solución convincente para estos casos. En razón de que la pena ordinaria no estaba disponible debido a la ausencia de medios de peuba legales, preter legem se fue

---

[55] No es posible examinar aquí la cuestión de aquellas acciones prácticas para cuya legitimación ya por su propia concepción no se presupone la verdad (tal como sucede respecto de diferentes decisiones procesales interlocutorias).

[56] Cf. art. 342 del Code d'instruction criminelle de 1808 y ahora, el art. 427, párr., 1 del Code de Procédure Pénale; con relación al proceso civil francés, en el que está ausente una regla de prueba expresa, cf. BRINKMANN, *Das Beweismaß im Zivilprozess aus rechtsvergleichender Sicht*, 2005, pp. 58 y s.

[57] Cf., p. ej., Austria, § 272, párr. 1, ZPO y § 14, StPO, Suiza, art. 40, ZPO y art. 10, párr. 2, StPO; de la literatura, respecto de Italia, NOBILI, *Richterliche Überzeugungsbildung*, *supra* nota 5, pp. 164 y ss.; para el common law, BRINKMANN, *Beweismaß*, *supra* nota 56, pp. 61 y ss.; para el derecho suizo, MÜLLER, *Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung im Strafprozess*, 1992, esp. pp. 40 y ss.; con tras referencias en KUNZ, *Tatbeweis*, *supra* nota 5, pp. 572 y ss, esp. 580 y s.

desarrollando la práctica de las llamadas penas extraordinarias[58]. Una de las cuestiones no esclarecidas respecto de este instituto era qué se necesitaba para una condena a tales penas: ¿alcanzaba con una alta probabilidad? ¿O era necesario un estándar diferente o más alto? [59].

La discusión de esta cuestión, por cierto, no podía quedar restringida al ámbito de las pruebas incompletas. Ellas se debió extender al ámbito de la "prueba completa" ya por el hecho de que en el transcurso del sigo XVIII una segunda cosa se había hecho cada vez más evidente: que en el proceso penal no se trataba solamente de la obtención de ciertos medios de prueba sino del conocimiento de la verdad histórica, y que las llamadas pruebas perfectas constituían un instrumento altamente problemático para la reconstrucción de dicha verdad[60]. De este modo, al mismo tiempo quedó claro que también en los casos delas llamadas pruebas perfectas, la cuestión del estándar de prueba decisivo –oculta por esta problemática calificación de la prueba– en realidad no estaba resuelta. En consecuencia, era inevitable que la discusión en torno del estándar de prueba en los casos no alcanzados hasta ese momento con los medios de prueba clásicos, se convirtiera en una discusión más amplia, relativa a los fundamentos: la discusión misma del estándar de prueba necesario en el proceso penal[61].

Evidentemente, esta discusión también alcanzó al proceso civil. En él, la cuestión no era tan urgente como en el proceso penal debido a la situación no resuelta de las penas extraordinarias. Sin embargo, las crecientes dudas en torno de la teoría de las pruebas legales[62] también aquí, finalmente, obligaron a reflexiones en torno del

---

[58] Acerca del concepto, trasfondo y desarrollo de la pena extraordinaria, cf. esp. THÄLE, *Verdachtsstrafe*, *supra* nota 10, pp. 12 y ss. y passim; cf. además, U. HOFFMANN, *Ernst Ferdinand Kleins Lehre vom Verhältnis von Strafe und den sichernden Maßnahmen*, 1938, pp. 18 y ss.; MUMME, *Ernst Ferdinand Kleins Auffassung von der Strafe und den sichernden Maßnahmen*, 1936, pp. 32 y ss.; resumen en SCHAFFSTEIN, *Verdachtsstrafe, außerordentliche Strafe und Sicherungsmittel im Inquisitionsprozeß des 17. und. 18. Jahrhunderts*, ZStW 101, 1989, pp. 493 y ss.

[59] Con relación a la discusión acerca de esta cuestión cf. especialmente la polémica entre SCHEDE, "Versuch einer Rechtfertigung der außerordentlichen strafen", *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, tomo 8, 1828, pp. 31 y ss. (suficiente con la probabilidad) y JARCKE, *Zur Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss. (necesidad de convicción).

[60] Gráfico con relación a la problemática de los llamados medios de prueba perfectos, LOMBARD, "Replik auf die Rechtfertigung der außerordentlichen Strafen…", en *Zeitschrift für Criminalrechtspflege*, tomo 10, 1828, pp. 442, esp. 444 y 446; STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, p. 339; cf. también HERTZ, *Voltaire und die französische Strafrechtspflege des 18. Jahrhunderts*, 1887, pp. 426 y s.

[61] Esta dimensión amplia de problema ya se dvierte en STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, §§ 266 y ss., pp. 332 y ss) (admisibilidad de la pena en caso de certeza ya sobre base de indicios), más tarde especialmente JARCKE, *Lehre vom unvollständigen Beweis*, *supra* nota 3, pp. 97 y ss.; LOMBARD, *Außerordentliche Strafen*, *supra* nota 60, pp. 442 y ss.; MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 63 y ss., 72, 126, 437 y ss.

[62] Cf. al respecto la detallada presentación de PATERMANN, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 27, pp. 17 y ss., 39 y ss.

estándar de prueba realmente necesario, las cuales sólo podían postergarse mediante soluciones de emergencia (como el quiebre de las reglas de prueba en ciertos casos[63], o institutos como el juramento de necesidad en casos de prueba incompleta[64]), pero que en realidad eran ineludibles.

3. Pero la cuestión relativa al correcto estándar de prueba hacia el cambio del siglo XVIII al XIX no sólo requería una urgente respuesta; además, en la primera mitad del siglo XIX ella podía ser tratada sobre una buena base. En la segunda mitad del siglo XVIII, las investigaciones de teoría del conocimiento relativas a la cuestión de "¿qué podemos conocer?", todas ellas a partir de las reflexiones de Kant al respecto[65], habían aportado ideas fundamentales con relación a las posibilidades y límites del conocimiento humano. Al mismo tiempo, habían conducido a la elaboración precisa de conceptos que también resultaban de interés para los procesalistas de la época, tal como la determinación del concepto de "verdad", "convicción", "certeza" y "probabilidad". Es posible suponer que estas investigaciones y trabajos también eran conocidas por los juristas contemporáneos formados en filosofía; cuando menos, llama la atención que muchos de estos conceptos y definiciones elaborados por filósofos se encuentran poco tiempo después en la discusión jurídica[66]. Al mismo tiempo, en ella sucede algo, que en los trabajos filosóficos sólo aparece apenas tratado o, en todo caso, en forma marginal: los conceptos son examinados en cuanto a la adecuación, idoneidad y legitimidad de su utilización para la determinación de la verdad histórica en el procedimiento jurídico. El objetivo de estas reflexiones procesales es averiguar qué conceptos de los elaborados y concebidos en el contexto de la averiguación de la verdad resultan

[63] Cf. al respecto PATERMANN, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 27, pp. 45 a 75 .

[64] Cf. PATERMANN, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 27, pp. 39 y ss.; también WALTER, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 8, pp. 80 y s.

[65] Fundamental, KANT, *Kritik der reinen Vernunft*, 1781, 2ª. ed., 1787, esp. *Transzendentale Methodenlehre*, 2a. parte, 2° párr. (1a. ed., p. 805, 2a. ed., p. 833, en la edición de Kant de W.WEISCHEDEL, t. II, 1956, p. 677) y 3° párr.., (1ª. ed., pp. 820 y ss., 2ª. ed, pp. 848 y ss., en la edición de Kant de W.WEISCHEDEL, *supra* cit., pp. 687 y ss.); cf. asimimo KRUG, *Von der Überzeugung und ihre verschiedenen Arten und Graden*, 1797; por la influencia posterior de la filosofía sobre la discusión procesal y la averiguación de la verdad, cf. PAULUS, "Prozessuale Wahrheit und Revision en Seebode" (comp.), *Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag*, 1992, pp. 687 y ss., esp. 688 y ss.

[66] Tal el ejemplo de la asunción del concepto kantiano de "verdad" en JARCKE, *Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 120 y ss., esp. 131; ídem, *Lehre vom unvollständigen Beweis*, *supra* nota 3, pp. 97 y ss., esp. 98 y s. y MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 63 y s.; el "tener por verdadero" y "convicción" tanto en JARCKE, *Lehre vom unvollständigen Beweis*, *supra* nota 3, pp. 97 y ss, esp. 100 y ss., 107 y ss.; ídem, *Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss., esp. 132 y s., como también en MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, p. 70 et. al.; el apoyo en la obra de Kant, si bien en general sin citas, se advierte también en KÜPER, *Richteridee*, *supra* nota 8, p. 244 con nota 458 e ídem, *Freie Beweiswürdigung*, *supra* nota 8, p. 23 y ss., esp. 34.

más idóneos en el contexto procesal de la llamada averiguación de la verdad para delimitar el estándar de prueba a ser alcanzado[67].

Por cierto, estaba claro que la verdad como coincidencia del juicio (real) con el objeto juzgado[68] no podía ser ese estándar de prueba. Quien no conoce el objeto por sí mismo, sino que intenta conocerlo, ya por razones lógicas no puede concebir su juicio (real) sobre él, evidentemente, como verdadero (o no verdadero)[69]. Por otras razones se excluye la probabilidad como estándar de prueba adecuado. Por cierto, en principio, para el juez es posible un juicio respecto a aquélla, a diferencia de lo que sucede con el juicio sobre la verdad de una hipótesis jurídica: luego de la valoración de la prueba el juez se encuentra en situación de afirmar, por ejemplo, si las razones que hablan claramente a favor de la verdad de la hipótesis superan a los que hablan en su contra[70]. Sin embargo, una mera probabilidad de estas características, incluso una alta, por razones jurídicas, aparecía como una base demasiado débil, al menos para una serie de juicios[71]. En tanto apareciera como posible, esto es, constatado por motivos (de sentido contrario), que el acusado no hubiera cometido el hecho que se imputaba, no era posible justificar el imponerle una pena por el hecho. Esto fue establecido con creciente claridad en las primeras décadas del siglo XIX especialmente en la discusión en torno de la pena extraordinaria como una clase de pena de sospecha[72]. Antes bien, según esto, aparecía como condición ineludible para la punición por un determinado hecho que el tribunal de juicio *tuviera por verdadero* lo imputado al acusado conforme la valoración de la prueba. Como se fue haciendo cada vez más

---

[67] Tal el ejemplo de las investigaciones de STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, pp. 229 y ss., (§§ 166 y ss.); JARCKE, *Lehre von unvollständigen Beweise*, *supra* nota 3, pp. 97 y ss.; ídem, *Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss. y MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 63 y ss.

[68] Tal la "clásica" definición de KANT, *Kritik*, *supra* nota 65, *Transzendentale Elementarlehre. 2ª. parte: Die transzendentale Logik, Einleitung III* , 1ª. ed., pp. 58 y s., 2a. ed., pp. 82 y s, ; en la edición de Kant de W.WEISCHEDEL, t. 2, 1956, pp. 102 y s.; en detalle, KANT, *Logik. Ein Handbuch zu Vorlesungen. Einleitung VII*, t. III de la edición de Kant de W.WEISCHEDEL, 1958, p. 476.

[69] Únicamente se podría comparar el juicio sobre el objeto nuevamente con su juicio, lo cual no es suficiente para el conocimiento de la verdad; KANT, *Logik*, *supra* nota 68; ídem, en el contenido, JARCKE, *Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss, esp. 133, quien por ello reclama "garantías" de que nuestro juicio es verdadero (y encuentra esta garantía en los fundamentos del juicio).

[70] Tal una definición muy utilizada de probabilidad, cf. p. ej., STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, pp. 238 y s.; relacionada con la definición de KANT, *Welches sind die wirklichen Fortschritte, die die Metaphysik seit Leibnizens und Wolffs Zeiten in Deutschlan gemacht hat?*, 1804, *Auflösung der Aufgabe I*, pp. 117 y s. (en la edición de Kant de W.WEISCHEDEL, tomo III, 1958, p. 637); en razón de una determinación del concepto algo diferente (presencia de motivos contrarios), cf. JARCKE, *Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss., esp. 153.

[71] Tales los llamados "juicios finales condenatorios" (STÜBEL, *Thatbestand* [*supra* nota 54], p. 251).

[72] Indicativo, especialmente, JARCKE, *Lehre vom unvollständigen Beweis*, *supra* nota 61, pp. 97 y ss., esp, 115 y ss. y, en la discusión con SCHEDE, *supra* nota 59, ídem, *Criminal-Gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss. esp. 149 y ss., 156 y ss.; pero con anterioridad también ya STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, pp. 249 y ss, esp. 334; luego, síntesis, MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 74 y s.

patente en la discusión, naturalmente esto debía regir no sólo para las constelaciones de casos de prueba incompleta que habían dado origen a la discusión, sino, del mismo modo, respecto de los de prueba completa (con frecuencia, insuficiente desde una perspectiva analítica y en coincidencia con la teoría negativa de la prueba)[73].

4. Para una ulterior precisión de este "tener por verdadero" se utilizaron especialmente dos conceptos, que también se encuentran en la literatura filosófica y de teoría del conocimiento de la época: la "convicción" y la "certeza"[74].

Con apoyo en Kant[75] (en general, sin caracterizarlo de este modo), se entendía ampliamente por "convicción" el tener por verdadera una afirmación "por razones objetivas suficientes". Las razones eran objetivamente suficientes cuando ellas "valían para cualquiera", "en tanto estuviera provisto de raciocinio". Para la condena se requería, por lo tanto, –ahora con las palabras de los procesalistas más significativos de la época– el tener por cierto, lo cual "se apoya en razones que producirían la conciencia de la verdad en toda persona que quisiera y pudiera comprender la verdad"[76]. En línea con este entendimiento de los conceptos y claramente siguiendo las huellas de otras reflexiones de Kant, de lo que se trataba en esto era de asegurar la justificación de esa convicción mediante la comparación del juicio con el de un otro razonable[77], lo cual pensado desde el punto de vista institucional llevaba hacia cuerpos de decisión colegiados, y en el proceso penal, también hablaba a favor de los tribunales de jurados[78].

---

[73] Así, con gran claridad, nuevamente JARCKE, *Lehre vom unvollständigen Beweis*, *supra* nota 61, pp. 97 y ss, esp. 100 y ss.; ídem, *Criminal-gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss., esp., 155 y ss.; pero también ya STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, pp. 249 y ss., 334; en MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 63 y ss., 69 y s., las afirmaciones, de todos modos, están totalmente fuera del contexto de la pena extraordinaria.

[74] Cf. al respecto además de las siguientes referencias a Kant, también KRUG, *Von der Überzeugung nach ihren verschiedenen Arten und Gründen*, 1797, passim, muy citado en la literatura procesal de la época.

[75] Cf. respecto a lo que sigue KANT, *Kritik*, *supra* nota 65, *Transzendentale Methodenlehre*, 2a. parte, 3° cáp., 1a. ed., pp. 820 y ss., 2a ed., pp. 848 y ss. (en la edición de Kant de W.WEISCHEDEL, tomo II, 1956, pp. 687 y ss.).

[76] Así, MITTERMAIER, *Deutsches Strafverfahrensrecht*, tomo 1, 4a. ed., 1845, § 86 (pp. 524 y s.); similar ya en la 2a. ed., 1832, tomo 1, pp. 357 y s.; con anterioridad ya JARCKE, *Lehre vom unvollständigen Beweis*, *supra* nota 3, pp. 97 y ss., esp. 115 e ídem, *Criminal-gesetzgebung*, *supra* nota 3, pp. 129 y ss., esp. 150, 152 y s.).

[77] Cf. KANT, *Anthropologie in pragmatischer Absicht*, 1798, 2a. ed., 1800, 1a parte, libro I, § 2: *Prüfung des Urteils am Verstande anderer* (en la edición de Kant proporcionada por W.WEISCHEDEL, tomo VI, 1964, p. 409).

[78] Acerca de esta fundamentación del trasfondo de los cuerpos de decisión colegiados (y también de los tribunales de jurados), cf. MITTERMAIER, *Deutsches Strafverfahren*, *supra* nota 75, p 525: reaseguro para la averiguación de la verdad por medio de "varios hombres adecuados para el reconocimiento de la verdad" que "han llegado a la conclusión de la verdad de los hechos"; ídem, WEBER, *Begriff der*

Mientras que este punto de vista aspiraban a precisar el "tener por cierto" mediante la objetividad o la validez general del juicio, y a través de ello, llegar a la verdad, los procesalistas que parten de la "certeza", intentaban definir el resultado de la prueba requerido mediante una explicitación de lo subjetivo. A fin de evitar representaciones excesivas acerca las exigencias a cumplir, en primer lugar, se destacaba que en la determinación de la verdad histórica, naturalmente, no podría tratarse de una certeza absoluta –en tal medida, pro regla general, inalcanzable–;la mera circunstancia de que todavía fuera concebible, imaginable, una situación de hecho diferente de la presupuesta, no podría oponerse a la calificación del tener por cierto como certeza, si es que debe ser posible alguna forma de acción práctica[79]. Es suficiente con que las dudas frente a la suposición de la verdad de una cierta situación de hecho se acallen[80], en razón de que la suposición esté sustentada por fundamentos, y por otro lado, porque los fundamentos para poner en duda la verdad de la suposición (ya) no existirían[81]. Desde el punto de vista material, con esta referencia a la ausencia o eliminación de posibles dudas se señala, al mismo tiempo, aquello que constituye el fundamento más profundo para esa validez objetiva (= general) del juicio, sobre el que se apoyaba el otro punto de vista ya mencionado: (ya) no existe ningún fundamento para poner en duda la suposición de la verdad de una cierta situación de hecho, a favor de cuya verdad hay fundamentos convincentes.

5. Esta opinión apoyada en la existencia de fundamentos convincentes de la verdad de una suposición y la ausencia de fundamentos convincentes de sentido contrario se impuso en el transcurso de la primera mitad del siglo XIX[82]; a la idea de exigencias más estrictas se le objetaba, igualmente, –al menos para el proceso penal– que sólo postulaba, en forma aislada, el poner el acento en una probabilidad más alta[83]. También la legislación del siglo XIX siguió este punto de partida[84]. Al

strafrechtlichen Gewißheit, *supra* nota 3, pp. 557 y ss., esp. 574, que toma la idea de Kant de la razón de otros como "banco de prueba"; crítico, en cambio, KÖSTLIN, *Der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im 19. Jahrhundert*, 1849, p. 113.

[79] Así, ya STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, §§ 181-183, pp. 243 a 246), §§ 188 y s. (pp. 249 y s); WEBER, *Begriff der strafrechtlichen Gewißheit*, *supra* nota 3; MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise*, *supra* nota 3, pp. 73 y s.; del mismo modo, hoy, la doctrina dominante; cf. FRISTER, *Gewißheit*, *supra* nota 52, pp. 169 y ss., esp. 184); KUNZ, *Tatbeweis*, *supra* nota 5, pp. 572 y ss., esp. 593 y ss, con otras referencias.

[80] Cf. STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, §§ 167 y ss., y WEBER, *Begriff der strafrechtlichen Gewißheit*, *supra* nota 3, pp 557 y ss., esp. 567, 574 y 581, quienes utilizan la imagen conforme la cual "no nos genera más preocupación que lo contrario sea verdadero".

[81] STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, §§ 167 -169 (pp. 213 a 234); JARCKE, *Lehre vom unvollständigen Beweis*, *supra* nota 3, pp. 97 y ss., esp. 115; en otros, esto último se deriva generalmente de la delimitación con la probabilidad, en la cual existen tales contramotivos; cf., p. ej., MITTERMAIER, *Lehre vom beweise*, *supra* nota 3, pp. 73 a 75.

[82] Como expresión y cierre de este proceso, puede valer el memorial del entonces Ministro de Justicia prusiano V. SAVIGNY, *supra* nota 3 que acompañó a la ley prusiana del 17 de julio de 1846.

[83] Con relación a esta posición, p. ej., todavía SCHEDE, *Außerordentliche Strafen*, *supra* nota 59.

respecto, ya en la ley prusiana del 17 de julio de 1846[85], con relación al resultado de la prueba requerido le daba preferencia a la "convicción" frente a la "certeza"[86], lo cual merece aprobación, pues, de este modo, se evitan asociaciones erróneas que fácilmente se insinúan en el concepto de certeza[87]. Las leyes judiciales del Imperio hoy todavía decisivas, la ordenanza procesal penal y la procesal civil, finalmente, también se decidieron –en conexión con la legislación prusiana– en forma coincidente a favor del requisito de la convicción judicial. Esto último, por lo demás, resulta notable, en tanto en la literatura procesal del siglo XIX, aquellos autores que reclamaban con vehemencia la convicción o certeza, habían considerado completamente posible otro estándar probatorio respecto del proceso civil considerando los principios de éste[88].

IV. Las críticas a la convicción

La decisión legislativa en favor de la "convicción" no permaneció exenta de críticas. Se adujo en contra del concepto legal que, aun frente a un buen cuadro probatorio, no podría alcanzarse más que un altar probabilidad; no se veía cómo era posible llegar a la convicción o la certeza respecto de la verdad de una cierta situación de hecho sobre una base semejante[89]. Antes bien, sólo era posible apoyarse en los resultados de probabilidad y explicitar el grado de probabilidad que debía darse para dictado del juicio pretendido. Las propuestas de este tipo fueron realizadas, especialmente, para el proceso civil[90]; respecto del proceso penal, en el cual una mera probabilidad (incluso alta), en general, era y es considerada

[84] Un panorama del desarrollo en KRIETER, *Freie Beweiswürdigung, supra* nota 10, pp. 12 a 65.

[85] Conforme su § 19 el juez debía –sin sujeción a reglas de prueba legales– "decidir en lo sucesivo conforme un examen detallado de todas las pruebas en favor de la acusación y la defensa según su libre convicción surgida de la totalidad de lo producido durante el debate".

[86] Diferente, la Ordenanza criminal prusiana de 1805, cuyo § 393 se apoyaba todavía en la "certeza".

[87] Los sostenedores mismos del concepto, aparentemente, eran conscientes del peligro, en tanto una y otra vez insistían con fuerza en que no era necesaria la certeza absoluta o la seguridad; cf. las referencias *supra* nota 79.

[88] Cf, las consideraciones de STÜBEL, *Thatbestand*, *supra* nota 54, §§ 187 y s. y WEBER, *Der Begriff der strafrechtlichen Gewißheit*, *supra* nota 3, pp. 557 y ss., esp. 579 y s., con relación a las posibles diferencias entre la "certeza criminal" y la "certeza civil"; de la exposición de motivos de la ordenanza procesal civil, en esa medida, no se ven razones para tal diferenciación, cf. HAHN, *Die gesammten Materialien zur Civilprozeßordnung*, 1880, p. 275.

[89] Cf., de épocas más actuales, p. ej. FREUND, *Tatsachenfeststellung*, *supra* nota 38, pp. 47 y ss., esp. 102; HOYER, *Der Konflikt zwischen Richterlicher Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip „in dubio pro reo"*, ZStW 105, 1993, pp. 523 y ss., esp. 533; STEIN, *Gewißheit und Wahrscheilichkeit im Strafverfahren*, en WOLTER (comp.), *Zur Theorie und Systematik des Strafprozeßrechts*, 1995, pp. 233 y ss., esp. 233 y ss., 256 y s.

[90] Cf., así, los puntos de partida en la doctrina escandinava, en EKELHÖF, "Beweiswürdigung, Beweislast und Anscheinbeweis", *ZZP* 75, 1962, pp. 289 y ss, esp. 292; en Alemania, especialmente, BRUNS, "Beweiswert", *ZZP* 91, 1978, pp. 647 y ss.; SCHREIBER, *Theorie des Beweiswerts für Beweismittel im Zivilprozeß*, 1968; otras referencias en GREGER, *Beweis und Wahrscheilichkeit*, 1978, pp. 93 y ss. y WALTER, *Freie Beweiswürdigung, supra* nota 8, pp. 142 y ss.

inaceptable, se puede ver un paralelo con tales puntos de partida en la exigencia de una "probabilidad rayana en la seguridad"[91], así como en la combinación de altas probabilidades con ciertas normas de decisión que determinan el riesgo de condena errónea[92]. Entretanto, estas críticas y las propuestas elaboradas a partir de ellas no han logrado imponerse, y ello con razón: la crítica se apoya en una confusión de las categorías y las propuestas constructivas, en definitiva, no resultan realizables[93]. Esquemáticamente:

1. Es posible examinar y responder la hipótesis relativa a si una determinada situación de hecho ha ocurrido de diferentes formas. Es posible preguntarse por los *fundamentos* que apoyan la verdad de la hipótesis, es posible preguntarse, por lo tanto, si constituyen fundamentos suficientes, convincentes, fundamentos que excluyen lo contrario o si existen razones para dudar de la verdad de la afirmación. Pero, naturalmente, también es posible formular la pregunta de otro modo, preguntarse *cuán probable* es (hasta "seguro") que haya ocurrido una cierta situación de hecho, cuán probable resulta, por lo tanto, la verdad de la hipótesis que se formula. Los interrogantes delineados y los principios (o reglas) válidos para responderlos programan las respuestas. Asimismo, ellos son los que conducen a que se pueda estar convencido conforme los principios de la configuración de la convicción, a pesar de que con el esquema mental de la consideración de la probabilidad no sea posible alcanzar más que una (alta) probabilidad, como cuando, sin ningún punto de apoyo en el caso concreto, de todos modos existe la posibilidad de errar a la verdad ("todos los testigos están manipulados"; se ha pasado por alto la prueba decisiva de sentido contrario, o ésta no le fue presentada al tribunal; en contra de lo que parece, en realidad, no se han satisfecho ciertas condiciones de credibilidad). Pues tales posibilidades, si bien no se oponen a la configuración de la convicción[94], en el marco de la valoración de la probabilidad, sí deben ser descartadas, debido a la posibilidad, por principio, de errar a la verdad.

Debido a esta discrepancia, resulta errado pretender derivar objeciones en contra del concepto de convicción o de que la ley se apoye en él, y especialmente, rechazar las convicciones por irracionales. La valoración de la verdad de las hipótesis según los *fundamentos* en su favor o en su contra, convincentes o no convincentes y la mensuración de la *probabilidad* de su coincidencia con la realidad son dos procedimientos diferentes en cuanto a sus categorías, pero, en principios

---

[91] Cf. al respecto, p. ej., FINCKE, "Die Gewißheit als hochgradige Wahrscheilichkeit", *GA*, 1973, pp. 266 y ss., esp. 272; KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 8a. ed., 2010, § 56, n° 947; KUNZ, *Tatbeweis, supra* nota 5, pp. 572 y ss., esp. 594 y s.; de la jurisprudencia del RG, p. ej. RGSt 61, pp. 202 y ss., esp. 206.

[92] Cf. FREUND, *Tatsachenfeststellung, supra* nota 38, pp. 56 y ss.; STEIN, *Gewißheit, supra* nota 89, pp. 233 y ss., esp. 247 y ss.; acerca del intento de precisar en forma numérica el "reasonable doubt-standard" en el proceso penal, KUNZ, *Tatbeweis, supra* nota 5, pp. 572 y ss., esp. 595 y ss.

[93] Crítico, con razón, FRISTER, *Gewißheit, supra* nota 52, pp. 169 y ss., esp. 180 y ss.

[94] *Supra* III.5, en el contexto de la precisión de la certeza.

ambos resultan igualmente posibles y en sí mismos coherentes. Consecuentemente, no constituye un argumento en contra de la convicción adquirida argumentativamente conforme las exigencias de la configuración de la convicción, con respecto a la verdad de una cierta hipótesis, que ésta, conforme las reglas de la valoración de la probabilidad, sólo es probablemente verdadera.

2. Solamente existirían razones para reemplazar a la convicción de la verdad de la hipótesis normativamente relevante basada en la verdad como conclusión de la prueba por determinadas probabilidades en tanto de este modo uno pudiera aproximarse más a la verdad que mediante la convicción, esto es, en particular, que se pudieran evitar condenas erróneas posibles por medio de la utilización de la convicción. No puede decirse esto. Las suposiciones erróneas acerca de la verdad se producen cuando elementos de prueba decisivos (en contra de la verdad) quedan sin descubrir, cuando los medios de prueba fueron manipulados con habilidad, cuando las condiciones para la credibilidad fueron mal valoradas, etc. Estos riesgos de valoración errónea en modo alguno se ven influidos por pasar de la convicción a las exigencias de la probabilidad.

En realidad, el pasar a las probabilidades no mejora nada, sino que crea nuevos problemas, casi insolubles. Éstos comienzan con el hecho de que con el paso a valores de probabilidad como estándar de prueba exigida legalmente se debería definir qué probabilidad (de coincidencia de una suposición con la realidad) se debería dar para llegar a una condena o, en su caso, para que pueda recaer la sentencia pretendida. Pero nadie está en condiciones de proporcionar una definición semejante en forma convincente, esto es, establecer numéricamente en una cifra el riesgo de condena errónea que se debe asumir si es que la actuación de los jueces debe ser posible en la práctica[95]. Pero aun si esto fuera posible, solamente resultaría de ayuda en tanto los medios de prueba en particular se correspondieran con valores respectivamente fundados en valores de probabilidad, si existieran reglas relativas a la relación de estos valores de probabilidad –que también tuvieran en cuenta su interdependencia–, etc. Evidentemente, esto no es así[96], o en todo caso, sólo excepcionalmente[97]. Si se los creara por vía de ficción o

[95] Proporcionar una probabilidad estadística no es posible, también según la doctrina escandinava, cf. EKELHÖF, *Beweiswürdigung, supra* nota 90, pp. 289 y ss., esp. 292; más confiado, pero posiblemente demasiado optimista, KUNZ, *Tatbeweis, supra* nota 5, pp. 572 y ss., esp. 603; algunas vagas descripciones de la probabilidad, sin embargo, vuelven a caer, bajo el aspecto de la determinabilidad del resultado a ser logrado, en la "convicción". La alternativa, un sistema de normas de decisión para ciertas situaciones (así, FREUND y STEIN [*supra* nota 92]), si bien está menos expuesta, vuelve una vez más, en su idea fundamental, a la antigua teoría de las pruebas legales, y apenas si resulta analizable en la práctica en el sentido de un procedimiento ampliamente aplicable (cf. ya *supra* nota 4).

[96] Piénsese solamente en la cuestión del valor probatorio de los indicios particulares de un conjunto o cadena de indicios constituidos en diferente forma.

de la decisión, existiría, en comparación con la determinación de la verdad argumentada de conformidad con fundamentos, un alto riesgo de sentencia errónea. De este modo, el punto de partida de las probabilidades, en apariencia atractivo por su claridad, resulta, en realidad, impracticable e inadecuado[98].

3. Incluso aquello que se menciona hasta ahora como estándar de prueba, evitando las probabilidades numéricas, pero en línea con el punto de partida de la probabilidad, esto es, la "probabilidad rayana en la seguridad", resulta, en realidad, inútil como estándar de prueba. También aquí es confuso qué es lo que se quiere decir exactamente[99]. Asimismo, también aquí faltan valores de probabilidad respecto de los medios de prueba en particular mediante cuya vinculación se pudiera constatar racionalmente la existencia de una "probabilidad rayana en la seguridad". En realidad, la comprobación que aparece con el ropaje de la alta probabilidad, en todo caso, sólo se puede sostener, nuevamente, haciendo referencia a fundamentos convincentes a favor de la verdad de la hipótesis, y al mismo tiempo, poniendo de manifiesto que no existen razones concretas para poner en duda esa verdad. Pero esto no es otra cosa que el fundamento (objetivo) de la convicción. La "probabilidad rayana en la seguridad" se revela, de este modo, o bien como una mera reformulación del fundamento (objetivo) de la convicción, o bien, como una mera fórmula vacía que sólo aporta confusión[100].

V. Exigencias respecto de la recepción de la prueba a fin de asegurar la convicción correspondiente

La clave para evitar suposiciones erróneas acerca de la verdad de ciertas situaciones de hecho no reside en pasar de la convicción a las altas probabilidades, en particular, una probabilidad rayana en la seguridad, como estándar de prueba. Antes bien, ella reside en las exigencias relativas al material probatorio en que se basa el cuadro convictivo y que es utilizado para la formación de la convicción.

Las perspectivas de llegar a la verdad por la vía de la formación de la convicción no requieren únicamente el respetar las reglas válidas para la formación de la convicción (leyes del pensamiento, corrección e integridad del conocimiento empírico utilizado). Se requiere también que el material probatorio en que se apoya

---

97 Tal por ejemplo, cuando existen datos estadísticos acerca de la corrección de ciertos resultados de investigaciones; cf., p. ej., con respecto a los análisis de ADN, KUNZ, *Tatbeweis, supra* nota 5, pp. 572 y ss., esp. 598.

98 Correcto FRISTER, *Gewißheit, supra* nota 52, pp. 169 y ss., esp. 180 y s.; GREGER, *Beweis, supra* nota 90, pp. 49 y ss., esp. 102 y ss.; STÜRNER, *Beweisregelsn, supra* nota 1, pp. 809 y ss., esp. 816; WALTER, *Freie Beweiswürdigung, supra* nota 8, pp. 175 y ss.

99 ¿Cuándo, exactamente, la probabilidad "raya" con la seguridad?

100 Esto también se ve bien en el panorama acerca de la utilización de la fórmula en la jurisprudencia del RG elaborado por GREGER, *Beweis, supra* nota 90, pp. 60 y ss.

la formación de la convicción esté completo. En tal medida, si faltan circunstancias importantes a favor en contra de la verdad de la hipótesis, existe el riesgo de que la valoración de la prueba también sea equivocada en su conclusión, esto es, que no llegue a la formación de aquella convicción que el juez hubiera alcanzado sobre la base del material convictivo completo, o –a la inversa– que se origine una convicción que no se hubiera producido frente a la totalidad del material. Esta comprensión se corresponde, en aquellos procedimientos que pretenden asegurar del mejor modo posible la coincidencia de la comprobación de los hechos con la verdad –como el proceso penal– con el deber del tribunal de esclarecer en forma amplia el material probatorio relevante[101]. Pues, en esa medida, ya no se trata de una cuestión relativa al contenido o la estructura del concepto mismo de convicción, sino de seguridades que pretenden asegurar la mayor coincidencia posible de la convicción judicial con la realidad, por lo cual resulta concebible, sin más, que este deber no exista en los procedimientos que determinan el material a ser valorado conforme otros principios, y a pesar de ello, en esa medida, (correctamente), se habla de convicción.

Además, es necesaria una segunda cosa a fin de que la convicción del tribunal se corresponda lo mejor posible con la verdad: el tribunal debe haber percibido –al menos en lo esencial[102]– las circunstancias de prueba relevantes por sí mismo. Sólo cuando el tribunal que debe llegar a la convicción ha percibido el material probatorio por sí mismo en forma inmediata, esto es, la visión concreta[103], se garantiza que los matices y facetas de una declaración, que pueden poner en duda la veracidad de la declaración, tengan efectos; sólo cuando el tribunal ha vivenciado por sí mismo la totalidad de la audiencia puede decir, por el contrario, que no se ha puesto manifiesto razón alguna para poner en duda la veracidad de una cierta declaración. En este sentido, la adecuada formación de la convicción presupone la inmediación en la recepción de la aprueba por aquellos que han de valorar las pruebas.

Cabe concluir aquí con estas esquemáticas consideraciones relativas al aseguramiento procesal de la mayor coincidencia posible entre la convicción y la realidad, que ya van más allá del concepto de convicción. El objetivo de este trabajo fue mostrar el trasfondo común y las coincidencias de la estructura de la libre valoración de la prueba en los procesos civil y penal, y poner de manifiesto el

---

[101] La relación ya es establecida con claridad por MITTERMAIER, *Lehre vom Beweise, supra* nota 3, pp. 72 y s.

[102] No quedan totalmente excluidas las excepciones en el sentido de delegación de la recepción de la prueba de los puntos adecuados para esto.

[103] La relación que existe aquí entre inmediación de la recepción de la prueba, valoración de la prueba y configuración de la convicción fue puesta de resalto con fuerza especialmente por los hegelianos en el siglo XIX, tal como KÖSTLIN, *Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im 19. Jahrhundert*. 1849, pp. 114 y ss., esp. 117 y s., y 120 y s.

contenido y lo adecuado del concepto de convicción como conclusión de la valoración de la prueba. Que esto haya sido hecho –especialmente en cuanto a los ejemplos– con una mayor referencia al proceso penal que al civil se puede comprender por la profesión del autor. Intencionalmente se dejó de lado el tratamiento de la cuestión, ya mencionada en la literatura procesal del siglo XIX, relativa a si la conclusión probatoria a ser buscada en el proceso civil debe ser la convicción, o si resulta concebible una distinta atento los principios estructurales del proceso civil. El tratamiento de esta cuestión resulta mucho más destinada al estimado homenajeado que al autor de este trabajo.

IV. Culpabilidad jurídico-penal y "libre albedrío"* **

Günther Jakobs

1. Introducción

Los juristas resuelven "casos", lo que significa que deciden cómo ha de procederse en conflictos sociales si se pretende mantener la estructura de la sociedad. Por ello, no comenzaré con teorías respecto de la relación entre culpabilidad y libre albedrío, sino que empezaré por describir con base en qué máximas los juristas resuelven "casos". Ya en esta consideración llegaremos con cierta facilidad a la conclusión de que el concepto de correspondencia para la culpabilidad jurídico-penal no ha de buscarse en un libre albedrío a determinar de modo ontologicista, sino que, partiendo de una orientación hacia la sociedad, ha de encontrarse en las consecuencias necesarias de la libertad de conducta. Dicho mediante un eslogan: la libertad de conducta determina la responsabilidad por las consecuencias.

---

* Título alemán: "Strafrechtsschuld und 'Willensfreiheit'" (manuscrito). Traducción de *Manuel Cancio Meliá* (Universidad Autónoma de Madrid).

** El autor ha publicado en diversas ocasiones contribuciones sobre el tema: "Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit?", en: D. Henrich (ed.), *Aspekte der Freiheit*, 1982, pp. 69 y ss.; *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 17/23 y ss.; *Das Schuldprinzip*, 1993; "Individuum und Person. Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung", ZStW 117 (2005), pp. 247 y ss.; "Strafrechtliche Schuld als gesellschaftliche Konstruktion. Ein Beitrag zum Verhältnis von Hirnforschung und Strafrechtswissenschaft", en: St. Schleim *et al.* (ed.), *Von der Neuroethik zum Neurorecht?*, 2009, pp. 243 y ss.

Conforme al Derecho vigente, la culpabilidad constituye el fundamento de la medición de la pena[1]. Sería imposible mantener esta regulación si tuvieran razón los neurocientíficos con sus planteamientos en torno al carácter determinado de todo comportamiento y con la conclusión –que extraen de ello algunos investigadores– de que la culpabilidad no existe, debido a la completa determinación de toda conducta. Ahora bien, parece que tienen razón en lo que se refiere a la afirmación de que existe una completa determinación. Los neurocientíficos exploran el mundo de los fenómenos, y de éste dice *Kant* –ciertamente, muy lejos de ser un materialista–: "…si pudiéramos investigar hasta el fondo todas las manifestaciones de su [del ser humano empírico, G.J.] albedrío, no habría ni una sola acción humana que no pudiéramos predecir con certeza, y reconocer como necesaria con base en sus condiciones."[2] Los neurocientíficos transforman el pretérito subjuntivo –si pudiéramos– en indicativo: ¡podemos! Sin embargo ¿sustenta esto la conclusión de que no existe culpabilidad?

2. "Casos"

A) Estado de necesidad exculpante

Para hallar una respuesta a esa pregunta, comencemos con el tratamiento de un problema que se menciona, probablemente, en todos los cursos de "Introducción al Derecho penal". Se trata de la antiquísima cuestión de cómo ha de procederse cuando –dicho en términos coloquiales– le resulta especialmente difícil a un determinado autor atenerse a la norma porque su cumplimiento implicaría perder bienes de máximo valor. Como es natural, los juristas no entienden nada de la física y de la química del cerebro, y tampoco conocen imágenes centelleantes del cerebro del autor tomadas en el momento de cometerse el hecho. En consecuencia, el hecho de que cueste cumplir la norma no se atribuye jurídicamente a determinadas áreas del cerebro, sino que se determina de modo psicologizante: al autor lo impulsa un temor inmenso, hasta llegar al pánico, a cometer el hecho, y partiré de que los neurocientíficos estarán en condiciones de determinar (o ya han determinado hace tiempo) ese estado en cuanto a su manifestación cerebral orgánica.

¿Cómo ha de procederse con un autor de estas características, apremiado por su temor, en el que, debido al miedo, determinados sectores cerebrales se hallan en un estado de excitación significativo, u otras áreas en un estado de hipoexcitación igualmente significativo? Hay tres posibles respuestas. En primer lugar, cabe argumentar que el temor –o, dicho de otro modo, el proceso orgánico-cerebral que pueda probarse en el experimento– priva a la situación de aquella normalidad que

---

[1] § 46 párr. 1 inc. 1 *Strafgesetzbuch* (StGB), Código penal alemán.

[2] *Kritik der reinen Vernunft*, 1787, B 578 y s.

es presupuesto del cumplimiento de la norma, lo que significa que el autor puede invocar el hecho de que en su situación de necesidad habría regresado al estado de mera criatura; así las cosas, en formulación jurídica, el cumplimiento de la norma ya no sería exigible. En segundo lugar, que el temor –o lo que centellee o no centellee– seguiría siendo un asunto privado del autor, ya que todos han de ser responsables de su constitución interna; dicho de otro modo, que el autor debe dominarse, lo que significa que la situación especial sería neutra a efectos de culpabilidad. En tercer lugar, que el temor –el proceso en determinadas áreas cerebrales– genera una fuerte tendencia a quebrantar la norma, por lo que habría que ponerle límite, hablando en términos jurídicos, que la situación especial cualifica al hecho, es decir, supone una agravación.

El Derecho alemán vigente, al igual que la gran mayoría de los demás ordenamientos jurídicos, conoce las tres respuestas; por supuesto, no eligiéndolas de modo arbitrario, sino dependiendo –y esto ha de subrayarse– de la situación social, y no –al menos, no sólo– con base en la situación en la cabeza del autor; ésta es en los tres casos sencillamente idéntica. Es evidente que aquel que crea que puede llegar a conclusiones sobre culpabilidad o inocencia exclusivamente con base en la situación de la cabeza del autor se queda al margen de la cuestión "Derecho".

La primera de las respuestas –el miedo exonera– se vincula a un ejemplo cuya ideación se atribuye al escéptico griego *Carneades*[3]: después de un naufragio, uno de los supervivientes se salva sujetándose a una tabla del barco, y tiene la oportunidad de que la marea le lleve a tierra; sin embargo, otro náufrago le expulsa de la tabla salvadora, que sólo puede soportar el peso de uno de los dos, la ocupa y alcanza la costa; el desposeído se ahoga. El caso ha adquirido fama bajo el nombre, conocido por cualquier jurista o filósofo social, de la "tabla de Carneades" y ha sido tratado una y otra vez, así, por ejemplo, por *Cicerón* o *Kant*; *Fichte* habla jocosamente de la "tabla mágica de escuela"[4]. – ¿Cuál es la solución? Los poseedores débiles de tablas demandarán que se mantenga su posesión con énfasis jurídico-penal, pero los desposeídos fuertes, los (posteriores) vencedores de la confrontación por la tabla, como resulta comprensible, lo contrario, es decir, afirmarán la inexigibilidad del cumplimiento de la norma. Incluso *Kant*[5], tan poco partidario de los psicologicismos en lo demás, cae en lo psicológico: ¿Qué efecto podrá tener, ante el inminente peligro de ahogarse, la amenaza con el mal, aún muy lejano, de la pena? Su solución es que concurre culpabilidad, pero que no debe imponerse una pena[6]. – La solución del Derecho vigente de afirmar que concurre inexigibilidad,

[3] 214-129 a.C.

[4] *Naturrecht*, 1796, ed. H.J. Fichte, s.a., pp. 252 y s.

[5] *Metaphysik der Sitten*, 2ª ed. de la *Rechtslehre*, 1798, B 42.

[6] "inpunibile".

esto es, que a quien rudamente desplazó al otro no se le formule un reproche de culpabilidad, quizás llega demasiado lejos en lo cuantitativo –¿no hay culpabilidad alguna?–, pero la dirección probablemente sea la correcta, o, hablando en términos jurídicos, resulta defendible.

La segunda respuesta –el temor y el centelleo correspondiente son asunto privado del autor– puede ser observada con una pequeña modificación de la constelación de *Carneades*: el sujeto que desplaza al primer ocupante de la tabla no es un náufrago cualquiera, sino el capitán del barco hundido, que no debería haber abandonado puerto debido a condiciones meteorológicas adversas. Lo formularé en términos vulgares, pero posiblemente acertados: este capitán se ha buscado él mismo el lío, y por ello debe resolverlo por sí mismo, y no dejar sufrir a otros su incapacidad. Ya esto basta para no exculparlo. Además, el capitán ostenta un *status* especial, que le obliga a proteger a los pasajeros, precisamente, el *status* de capitán, y también esta circunstancia basta para excluir la posibilidad de exculpación. Por dos razones –ha causado el conflicto, y, además, le incumbe un deber específico de sacrificarse–, debe resolver el conflicto en su ámbito interno, aunque para él no sea más fácil cumplir la norma que para el sujeto exculpado en el caso antes tratado; dicho de otro modo, el ordenamiento jurídico no le permite invocar su temor de criatura, sino que, por el contrario, se reafirma en su responsabilidad.

Queda la tercera respuesta, y para exponer su fundamentación propondremos otro caso: A, autor de numerosos hechos violentos, que despliega su actividad delictiva desde hace ya mucho tiempo, está en peligro de ser descubierto y castigado, y en ese aprieto – puede ser condenado a una pena de prisión de por vida– mata a B, la única persona que ha averiguado los delitos cometidos por A, y que está a punto de informar a la policía. La necesidad existencial del delincuente, que no es menor que en los dos grupos de casos antes tratados, y que también se manifiesta en un estado comparable de las correspondientes áreas del cerebro, conduce, conforme al Derecho vigente, a una determinación completamente divergente de la culpabilidad: el homicidio cometido para ocultar hechos delictivos propios tiene un efecto de cualificación, concretamente, agrava el homicidio para convertirlo en asesinato[7].

B) Ira

Son muchas las reglas jurídicas con las que cabe mostrar que no es sólo la situación de una "cabeza" lo que decide sobre culpabilidad y ausencia de culpabilidad, y quisiera presentar algunas más. En primer lugar, en relación con el acceso de ira que conduce a un hecho violento. Por regla general, toda persona libre ha de responder por sí misma de su constitución interna; la ira, por lo tanto, no exculpa –

[7] § 211 párr. 2 StGB.

por regla general. Sin embargo, si la víctima del ataque violento ha provocado por sí misma la ira del autor de forma innecesaria, esto es, sin una razón jurídicamente relevante, como, por ejemplo, mediante una grave injuria, quizás incluso una injuria de obra, la situación de ira en el autor se le podrá atribuir al menos parcialmente, prácticamente, como una culpa concurrente en la génesis de la ira, y el Derecho vigente rebaja la pena mínima, en caso de que el autor iracundo mate a la víctima, de cinco a un año de prisión[8]. Si esa misma situación interna no fuera responsabilidad de la víctima, sino, por ejemplo, se hubiera generado por envidia del autor, un sujeto fracasado, frente a la víctima, un competidor que se estaba vanagloriando de sus éxitos, ni siquiera se plantearía una reducción de la pena.

C) Terror

Pasemos ahora de la ira al terror. En relación con la legítima defensa, el Código penal también regula cuál ha de ser la solución cuando la persona que es objeto de la agresión ilegítima, presa de "confusión, temor o terror" –esto es, no por cólera o por agresividad, sino por razón de una emoción asténica, no dirigida hacia la violencia–, se excede en la defensa frente a la agresión, como, por ejemplo, si mata directamente a la víctima de la defensa, esto es, el agresor, con un disparo a la cabeza, a pesar de que también hubiera podido optar por un disparo en una extremidad y éste hubiera bastado para la defensa. La regulación legal excluye en tales casos la culpabilidad de quien se defiende frente a la agresión[9], y ello no por que concurra un error invencible sobre lo que es necesario para la defensa, pues en caso de invencibilidad ya las reglas generales conducirían a la inculpabilidad, y no haría falta una regla específica. Ésta, por el contrario, rige precisamente para el caso de un exceso, perfectamente evitable, de la medida necesaria de la defensa. La razón de esta regulación generosa, quizás generosa en demasía, probablemente sea evidente después de lo expuesto sobre el tema "ira": el agresor empuja mediante su agresión al agredido a una situación de necesidad, y debe atribuírsele a él mismo que el agredido, en su terror, no se contenga y se exceda en la defensa.

Quede dicho lo anterior sobre el caso básico del así llamado exceso en la legítima defensa. Ahora sucede que una persona que en tiempos recientes ha sido golpeada en dos ocasiones a horas nocturnas en un parque, vuelve a ver a alguien que se lanza impetuosamente hacia ella, y, no pudiendo interpretar lo que sucede de otro modo, piensa que comienza el tercer robo, y pasa directamente a la "defensa", excediéndose, presa del terror. Sin embargo, el sujeto que se aproximaba con tanta rapidez era una persona forastera, completamente inocua, que debía alcanzar un determinado tren y que sólo quería preguntar por la ubicación de la estación de ferrocarril. El error en el que incurre la persona que se cree erróneamente agredida

[8] §§ 212, 213 StGB.

[9] § 33 StGB.

no puede ser imputado a la víctima, pues no hay agresión alguna. En consecuencia, el sujeto que cree estar defendiéndose, a pesar de que su situación es idéntica en el plano psíquico y de la fisiología cerebral a la de quien sufre verdaderamente una agresión, no tiene ninguna oportunidad de ser exculpado. Esto parece muy sutil, pero no es sólo una conclusión "pensada"; por el contrario, el Tribunal Supremo Federal también ha fallado en este sentido.

D) Convicciones

También la cuestión de si determinadas convicciones profundas o situaciones de conciencia pueden exonerar, son neutras o incluso pueden agravar la responsabilidad, ha de responderse en función de la sociedad, y no sólo con base en la profundidad de la convicción. Si, por ejemplo, una persona que por lo demás se adapta perfectamente, no cumple con la Ley en un caso muy poco frecuente –por ejemplo, se niega a prestar socorro después de que un rayo alcance a alguien, porque entiende que sería pecado oponerse a lo que entiende ejecución de un juicio divino–, se podrá atenuar la pena; pero si un terrorista de ardientes convicciones pone bomba tras bomba para alcanzar la revolución mundial, porque le parecería despreciable no actuar conforme a su ideología, su actitud contraria a la sociedad resulta un elemento agravante en cuanto más profunda sea. Los intentos que se han hecho en este ámbito en repetidas ocasiones de distinguir entre conciencia y meras convicciones, incurren todos ellos en argumentaciones circulares: aquellas convicciones que soportan una exculpación se llaman "conciencia", aquellas que no la soportan, meras "convicciones". De este modo, se cree que se infiere lo socialmente funcional de la circunstancia de la persona: la inferencia suena favorable a la persona, pero resulta materialmente determinado en función de la sociedad, y debe serlo, ya que de lo contrario, la conclusión alcanzada no aportaría nada a la estabilización de la estructura normativa de la sociedad.

E) (In)imputabilidad

Podrá objetarse frente a la afirmación de que la culpabilidad se halla determinada socialmente, como se ha expuesto con ayuda de los ejemplos antes tratados, que hay algunas situaciones de la cabeza que en todos los contextos sociales excluyen la culpabilidad, como, por ejemplo, las psicosis graves, esto es, determinadas enfermedades mentales. Sin embargo, el problema tampoco resulta tan sencillo en este ámbito, y para mostrarlo, recurriré brevemente a la historia del Derecho penal. Desde que existen las bebidas alcohólicas, es decir, desde hace miles de años, es conocido que su ingestión desinhibe, y que su consumo en exceso, reduce en gran medida, o incluso hace desaparecer, la capacidad de desplegar un comportamiento racional o conforme a la norma. A pesar de ello, hasta bien entrado el siglo XIX, un grado considerable de intoxicación etílica no se reconocía generalmente como razón de exclusión de la culpabilidad; la razón exacta era que no era posible –sobre

todo en caso de hechos violentos acontecidos hace tiempo– desvirtuar la alegación del autor de que en el momento estaba gravemente ebrio; dicho de otro modo, la ebriedad en cuanto causa de exclusión de la culpabilidad no podía procesarse socialmente (o, más exactamente, jurídico-procesalmente). También en la *filosofía del Derecho* de *Hegel*[10], por ejemplo, aparece la doctrina de que sólo las "situaciones decididas" pueden excluir la culpabilidad, pero no las pasajeras como la ebriedad. De manera consecuente hasta lo cómico, este punto de vista fue defendido por *John Locke*: un acusado no puede invocar su ebriedad, ni siquiera en caso de amnesia debida a ésta, ya que el juez no puede constatar nada al respecto; sin embargo, frente a un juez omnisciente, esto es, en el Juicio Final, la ebriedad, cuando haya concurrido, sí que tendrá efecto exculpatorio[11].

En lo que se refiere a las psicosis, se trata de situaciones que son susceptibles de ser diagnosticadas –al menos en lo nuclear– y delimitadas de otros trastornos con bastante seguridad. De este modo, es posible representar al delincuente que padece una enfermedad mental como "otro", como socialmente incompetente, y por ello, su hecho aparece como suceso de la naturaleza en la forma externa de una acción humana. Esta posibilidad de excluir la culpabilidad no tiene nada que ver con que la acción del sujeto psicótico ha sido causada; todas las acciones tienen causa, muy especialmente, conforme a las tesis de los neurocientíficos; pero ninguna sociedad podría asumir que todos los delincuentes fueran exculpados, ya que así las cosas, el Derecho ya no podría representar personas con derechos y deberes. Dicho de otra manera: al excluirse la culpabilidad del psicótico, su personalidad queda disminuida frente a la de una persona responsable.

No pocas veces los neurocientíficos anuncian que han hallado con sus métodos una disfunción, por ejemplo, en el metabolismo cerebral o en la morfología del cerebro, de determinadas personas; así, por ejemplo, se dice en el llamado estudio de Delmenhorst sobre la violencia (sobre el que volveremos) que se han localizado en el cerebro de autores juveniles violentos y multirreincidentes determinadas peculiaridades perturbadoras. En cuanto afirmación científico-natural, es ésta una formulación al menos negligente, pues la naturaleza *es*, como es, y no conoce entre los distintos estados un *ranking* desde "funcional" hasta "perturbado". Dicho con un ejemplo: sin luz no hay fotosíntesis, pero que la desaparición de la luz perturbe el proceso de síntesis, o que la aparición de la luz perturbe el estado de reposo, no puede determinarse por medios científico-naturales. Ciertamente puede formularse que, por ejemplo, un determinado órgano que ya no aporta la prestación habitual para el organismo en su conjunto, está manifiestamente perturbado; pero esa afirmación sólo es cierta si se parte de la suposición de que el organismo ha de

[10] 1820/1, § 120, acotación.

[11] *Versuch über den menschlichen Verstand* [1689], edición Meiner, II. Xxvii.22.

seguir viviendo y no fenecer por un fracaso orgánico, y tal suposición no sería de índole científico-natural.

En un informe sobre el estudio acerca de la violencia de Delmenhorst[12], antes mencionado, aparece en la introducción la siguiente constatación: sería "problemático trazar límites [de la responsabilidad, G.J.] demasiado amplios y exigir responsabilidades a personas por acciones de las que en realidad no eran responsables, por ejemplo, porque carecían de control sobre esas acciones."[13] Esto suena como si "determinado" fuera una cualidad gradable: toda acción emana de un cerebro, a su vez determinado, pero luego se afirma que en algunas acciones falta el "control". ¿A quién le falta? No se puede actuar de modo "más determinado" que "determinado". Por lo tanto, no basta con identificar anomalías en los cerebros de los jóvenes violentos multirreincidentes –y, dicho sea de paso, la explicación de esas anomalías en el estudio es impresionante–, sino que además ha de analizarse cómo puede y debe reaccionar la sociedad frente a esas anomalías, y ello implica, al menos, dos cuestiones: en primer lugar, ¿cómo ha de procederse en lo sucesivo con los autores violentos? Sería difícil dejarlos en libertad sin terapia alguna. En segundo lugar, por decirlo de modo coloquial, en caso de exculpación, ¿quién más se pondrá a la cola, invocando una constitución cerebral que difiere de la media? En algún aspecto, como se sabe, toda conexión cerebral es de algún modo única[14]. Sean cuales sean las respuestas, queda claro que la situación en las cabezas no conduce directamente a la solución.

3. Teoría

Todo esto nada tiene que ver con el libre albedrío, sino que de lo que se trata es de las condiciones de subsistencia de una sociedad normativamente estructurada. Quedará aquí sin abordar la cuestión de si tiene algún sentido hacer uso del concepto de libre albedrío –si es que éste, a su vez, tiene algún sentido en sí mismo– fuera de un debate sobre la teodicea, pero aquí se seguirá a los grupos de casos de inculpación y exculpación, que no son pocos –en cierto modo, la "Parte Especial" del concepto de culpabilidad–, para concluir, una especie de "Parte General". ¿Qué es, entonces, jurídico-penalmente "culpabilidad", y por qué hablan también los penalistas de la "culpabilidad de voluntad"?

Entre otras cosas, el Derecho penal consiste en normas que el ciudadano ha de respetar: no mates, lesiones, hurtes, etc. Para poder cumplir las normas, las personas necesitan un determinado conocimiento, por ejemplo, conocimiento de

---

[12] PAUEN/ROTH, *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, 2008, pp. 156 y ss., con referencias exactas.

[13] P. 156.

[14] GAZZANIGA, *Die Ich-Illusion*, 2012, p. 226.

qué puede resultar mortal para otros, y también conocimiento de hechos institucionales, como, por ejemplo, que una cosa es propiedad de otro. Incluso sin unos conocimientos básicos en matemáticas y lógica, el cumplimiento de la norma irá mal. Quien, por ejemplo, piensa que con una media de aciertos de un tercio será solo cada tercer disparo que dé en el blanco, pero éste con certeza, causará una desgracia donde vaya. Por tanto, a pesar de que no es posible cumplir las normas sin una determinada cantidad de conocimientos, incluyendo también el conocimiento de la existencia de normas, el ordenamiento jurídico procede con gran generosidad cuando el autor no se ha procurado ese conocimiento necesario de modo vencible, es decir, por desidia, y por ello lesiona a otros. Un error cognitivo exonera, dicho de otro modo, la imprudencia se castiga de modo mucho más leve que el dolo, y ello porque de la conducta imprudente emana, no siempre, pero con frecuencia, el riesgo de una *poena naturalis*, esto es, de una autolesión, y porque ese comportamiento no se considera precisamente digno de ser imitado. Un ejemplo: quien circula a gran velocidad con su automóvil a pesar de que la calzada está helada, quizás lesione a otros, pero posiblemente tampoco sobreviva él mismo a su conducta. Por medio de delitos dolosos –sea un regicidio o la emisión de títulos bancarios fraudulentos– cabe fundar un imperio político o económico, con los hechos imprudentes, por lo general sólo se atrae la desgracia sobre uno mismo y los demás, y quien reincide en la imprudencia es considerado un majadero.

Sin embargo, incluso un conocimiento perfectamente fundado no conlleva cumplimiento de la norma cuando el autor no quiere cumplirla, y en lo que se refiere a la voluntad, la situación diverge de la del conocimiento: en el caso de este último, el ordenamiento jurídico puede partir del interés propio de toda persona en adquirirlo, pero no se puede fundamentar que esté en interés de toda persona cumplir siempre con todas las normas, y todo delito doloso prueba que el autor lleva a cabo una valoración distinta de la del ordenamiento: yo sí quiero matar, lesionar, hurtar, etc. Esto es un defecto volitivo (más exactamente: un defecto de valoración), y éste genera responsabilidad. ¿Por qué? Genera responsabilidad precisamente porque el Derecho no está en condiciones de fundamentar frente a todos que su cumplimiento será siempre individualmente preferible, y por ello impone a todas las personas la carga de ocuparse por sí mismas de la fidelidad al ordenamiento jurídico, de la disposición a cumplir la norma. Este defecto volitivo, la falta de fidelidad al Derecho, es la culpabilidad jurídico-penal.

Sigue quedando un problema: ¿por qué hay defectos volitivos, si de todos modos todo comportamiento se halla determinado y la naturaleza, como ya se ha dicho, no tiene defectos? Lo cierto es que no se trata de la naturaleza, sino del sistema "Derecho". En este sistema, el código que rige el segmento jurídico-penal es "fidelidad al Derecho/ausencia de fidelidad al Derecho, ergo culpabilidad", y la objeción del sujeto que no es fiel al ordenamiento en el sentido de que él estaría

determinado, es rechazada con el argumento irrefutable de que eso no cabe en el código.

Esta solución al problema, sin embargo, da nacimiento a un problema derivado: ¿por qué permiten los individuos determinados ese trato, es decir, que se les considere personas competentes de tener una voluntad correcta, y no abolen el Derecho penal? Pues bien, el Derecho penal también ofrece algo: libertad de conducta; hay que subrayarlo: de conducta, no de voluntad. La libertad de conducta no puede organizarse sin que exista responsabilidad de los libres por las consecuencias; quien quiera ser libre ha de estar dispuesto a responder de sí mismo. Si se alcanza el estadio de un mundo social que está organizado con base en la obligación de responder, esto es, conforme a la competencia por uno mismo, y no sólo como un mundo imaginado, sino como un mundo que se practica cotidianamente en esa configuración, este mundo no ofrece menos orientación de la que podría generar el conocimiento de las relaciones causales. Aquellos que son competentes respecto de ellos mismos –el Derecho los llama "personas"– son tan reales en ese mundo social acabado de esbozar como lo son los individuos determinados en el mundo de los fenómenos. El mundo normativo del Derecho, que define normativamente a las personas, y el mundo de los neurocientíficos, que define a los individuos como entes determinados, son respectivamente juegos con sus propias reglas, sistemas que son capaces de irritarse mutuamente, pero que no están en condiciones de prescribirse recíprocamente sus conceptos. Esto rige tanto respecto del concepto de la culpabilidad como del del mérito: ¿o es que no podremos elogiar los brillantes logros de los neurocientíficos porque, conforme a su propia comprensión, no eran "libres" de no alcanzar esos logros?

Más aún: los neurocientíficos suelen comunicar los impresionantes (¡!) resultados de sus investigaciones en publicaciones científicas, esto es, dentro de la ciencia con su código "verdadero/falso" (o algo similar). De acuerdo con las reglas del mundo de los fenómenos, también estas comunicaciones científicas se encuentran determinadas, causadas a través del cerebro. Sin embargo, esta constatación no aporta nada más que una nueva confusión de sistemas: también la afirmación de que lo verdadero es falso, o lo falso verdadero, está determinada en el mundo de los fenómenos, con lo que se disuelve la distinción entre "verdadero" y "falso". De acuerdo con esto, los neurocientíficos asumen –mientras pretenden que su discurso resulte comprensible– de este modo un código de la ciencia que no puede ser explicado –o que, en todo caso, hasta ahora no ha sido explicado– por medio de determinación, y conocen, en cuanto se les deja hablar, también el código del Derecho. Para demostrarlo cabe citar al científico de la cognición *Prinz*[15]:

[15] "Willensfreiheit als soziale Institution", en: Hillenkamp (ed.), *Neue Hirnforschung – neues Strafrecht?*, 2006, pp. 51 y ss., 58 y s., 61.

> "Cuando… los agentes sociales organizan su interacción y comunicación respectiva en el plano macro y micro de tal modo que presuponen en todos los co-agentes un yo mental, cualquier agente –también los nuevos que llegan– se encuentra con una situación discursiva que tiene preparada también para él un rol de yo. La percepción de las heteroatribuciones dirigidas a él genera entonces autoatribución, y el agente asume finalmente para sí mismo el rol atribuido. Se concibe entonces del modo en el que le entienden los demás, y actúa como los demás esperan de él."

Por lo tanto: ¡la competencia como construcción de la sociedad![16] De nuevo *Prinz*: "La responsabilidad es el precio de la libertad" (refiriéndose a la libertad de conducta).

Para concluir, expondré esta relación entre libertad de conducta y responsabilidad por las consecuencias con una parábola[17]: en unos países limítrofes, los habitantes de las regiones fronterizas suelen organizar de vez en cuando expediciones de pillaje hacia los respectivos países vecinos, siendo el daño generado allí muy superior al beneficio obtenido, lo que resulta indiferente a los saqueadores, ya que el daño es soportado en cada caso por los otros. Los monarcas soberanos de esos países acuerdan en un encuentro atajar estrictamente estos desmanes ya al comienzo del latrocinio, esto es, en sus propios países, prometiéndose en cuanto garantía del acuerdo, para el caso de que a pesar de ello se produzcan casos de pillaje, una multa por el doble del daño producido. La situación mejora repentinamente debido a las medidas inmediatas tomadas por los monarcas; en el próximo encuentro, casi sin excepciones, sólo hay pocas multas que pagar. Uno de ellos, sin embargo, que es el único obligado a pagar una multa elevada, no quiere pagar nada; expone que a pesar de haber hecho grandísimos esfuerzos, no disponía de suficientes fondos para poder crear una fuerza de policía efectiva. Los demás le creen, y acuerdan, debido a la incapacidad de su primo –derivada de su debilidad financiera–, dividir su país entre ellos. Confrontado con esa posibilidad, el monarca en cuestión toma prestada la suma necesaria y acaba por pagar. El filósofo titular de su corte opina que es injusto pagar multa por un comportamiento que no es libre, e indigno someterse a tal requerimiento. Pero el monarca contesta que su libertad para administrar su país es más importante que esas reflexiones.

[16] Vid. al respecto también GAZZANIGA (op. cit.), pp. 165 y ss., 207 y ss.

[17] JAKOBS, *Das Schuldprinzip*, 1993, pp. 34 y s.

V. ¿Función crítica del concepto de bien jurídico versus Constitución?

Uwe Murmann

La discusión sobre el concepto de bien jurídico afecta en igual medida a la fundamentación y a la delimitación del Derecho penal estatal[1]. Por tal motivo, este concepto forma parte del empeño por la legitimación suprapositiva del Derecho penal y su especial eficiencia se explica porque tal concepto no sólo da respuesta al problema de la legitimación en general, sino que se extiende también a los diversos objetos de protección penal, concretándolos y, en tal medida, haciendo posible una noción distintiva. Como modelo de legitimación el bien jurídico se sitúa en un contexto de fundamentación que limita con el Derecho (penal) y el Estado, de tal modo que las diversas concepciones sobre el Estado y el Derecho influyen en dicho concepto y, en especial, en su capacidad de rendimiento para el problema de la legitimación.

---

[1] Ciertamente el bien jurídico tiene relevancia también en otros sentidos. Así, por ejemplo, los bienes jurídicos protegidos sirven como elemento clasificatorio en el sistema del Código Penal y una interpretación teleológica debe orientarse por el bien jurídico protegido en cada tipo. Sin embargo, cuando desempeña estas funciones el concepto de bien jurídico resulta útil para el Derecho positivo pero no permite ninguna delimitación de los bienes jurídicos a proteger. Cfr. al respecto MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 2.ª ed., 2013, § 8, n.º marg. 10 ss.

1. La relación anterior al Derecho positivo entre libertad y Derecho: límites a la violencia penal derivados del fin del Estado

La moderna limitación de la violencia penal del Estado tiene sus fundamentos en la filosofía de la Ilustración. Con el contrato social los ciudadanos constituyen el Estado para el aseguramiento de su libertad y limitan el fin de dicho Estado a la protección de la seguridad que resulta necesaria para el ejercicio de aquélla. A partir de esta idea desarrolló *Feuerbach* su teoría de la lesión del derecho[2]: el delito lesiona la libertad que los demás ciudadanos tienen garantizada de acuerdo con el contrato social y los meros ilícitos morales no deben ser tenidos en cuenta como objeto del Derecho penal[3]. En consecuencia, una concepción funcional del Estado tiene también un efecto limitador del Derecho penal aunque esta concepción no aluda a la idea de bien jurídico.

2. La concepción positivista del bien jurídico

Con el positivismo se produce un abandono de la fundamentación jurídico-filosófica, ya sea iusnaturalista o iusracionalista[4], del Estado y del Derecho y se redefine radicalmente la relación entre el Estado y los ciudadanos: el Estado deja de ser un mero instrumento para la realización de la libertad ciudadana pues cuenta desde un principio con un poder jurídico propio[5]. La violencia penal estatal se somete únicamente a aquellos límites que ella misma se fija y el concepto de delito es dejado en manos de la capacidad configuradora del legislador. En palabras de *von Liszt*, "la *violencia penal del Estado*, que carece de límites propios y desborda el marco jurídico se convierte en *Derecho penal* estatal por medio de la *autolimitación*"[6]. De este modo la protección de los ciudadanos ante los abusos del Estado queda reducida al Estado de Derecho en sentido formal[7].

El positivismo modificó la concepción que la ciencia del Derecho penal tenía de sí misma: la relación entre la teoría general del Estado y la ciencia del Derecho penal

---

[2] Resumidamente MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, p. 63 s.

[3] Evidentemente la limitación del Derecho penal alcanza a la protección del ciudadano ante injerencias distintas a las lesiones autorizadas por el Derecho, entre las cuales en sus inicios *Feuerbach* seguía incluyendo la lesión de la vida (*Lehrbuch,* 1.ª ed., 1801, § 245, § 40, nota *).

[4] Cfr. por ejemplo DREIER, *NJW,* 1986, p. 890; ID., *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, 1986, p. 25 ss.; WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 2.ª ed., 1990, p. 183 ss.

[5] Sobre el cambio que se produjo en la primera mitad del siglo XIX respecto de la concepción racionalista de los ilustrados cfr. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts*, vol. 2, 1992, pp. 107 s., 123 ss., 368 ss.; asimismo ROSENBAUM, *Naturrecht und positives Recht*, 1972, p. 55 s.

[6] VON LISZT, *Das Deutsche Reichsstrafrecht*, 1.ª ed., 1881, p. 1 s.

[7] BÖCKENFÖRDE, en *Festschrift für Adolf Arndt*, 1969, p. 59 ss.; ROSENBAUM, *Naturrecht und positives Recht*, 1972, p. 43 ss.; asimismo AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, p. 57 ss.

planteada por *Feuerbach* dejó de ser objeto de atención o, cuando menos, pasó a ser un interés secundario.

> "La justificación del Estado ya no es objeto de la ciencia penal –ni por consiguiente tampoco su delimitación- sino que el Estado existente se presupone y lo que ante todo se cuestiona es qué puede aportar el Derecho penal a su preservación. El Derecho penal ya no se orienta explícitamente de acuerdo con un Estado concebido como 'justo', sino sólo hacia el Estado existente y la convicción de que al Estado existente no se le debe cuestionar su legitimación es ante todo positivista. El vínculo creado por la Ilustración entre el individuo y el Estado a través de la razón humana se quiebra […] quienes en la actualidad vuelven a vincular el Derecho penal con los fines del Estado[8] tienen en cuenta precisamente la calidad material que, desde una perspectiva del Estado de Derecho, tiene la ley fundamental en su efecto limitador del Derecho penal. Pero también estas perspectivas más recientes basan este efecto en el carácter positivo de los derechos fundamentales y no en su vigencia anterior al Derecho positivo"[9].

A) El positivismo moderado: el origen de la teoría del bien jurídico en Birnbaum[10]

En la primera mitad del siglo XIX el positivismo adoptaría una versión moderada, que busca un equilibrio entre la filosofía y el Derecho positivo[11]. A esta corriente pertenece *Johann Michael Franz Birnbaum*, que consideraba que el Derecho penal se dirige a la protección de bienes[12]. *Birnbaum* vincula su posición con una teoría banal sobre el fin del Estado que carece de cualquier capacidad crítica: desde su perspectiva, el Estado garantiza bienes a los ciudadanos y reconoce su necesidad de protección, pero para la fundamentación de los bienes jurídicos ya no tiene ninguna importancia cuál es la relación de derivación del Estado respecto de los ciudadanos. Así, "el temor de Dios y las buenas costumbres" pueden reconocerse sin más como bienes jurídicos y no sólo para el aseguramiento de la vida en común, sino que se cuentan "por sí mismos entre los objetos por los que el Estado debe preocuparse"[13].

---

[8] Ver, por ejemplo, APPEL, *Verfassung und Strafe*, 1998; LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996.

[9] MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht,* 2005, p. 88. Sobre la insuficiencia de esta limitación basada en el Derecho positivo cfr. NAUCKE, en LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, vol I: "Legitimationen", 1998, p. 157 ss.

[10] BIRNBAUM, *Neues Archiv des Criminalrechts*, vol., 15 (1834), p. 149 ss.

[11] Cfr. SYLVESTER JORDAN, *Neues Archiv des Criminalsrechts*, vol. 11 (1830), p. 215.

[12] BIRNBAUM, *Neues Archiv des Criminalrechts*, vol. 15 (1834), p. 172. Resumidamente en lo sucesivo MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht,* 2005, p. 77 ss.

[13] BIRNBAUM, *Neues Archiv des Criminalrechts*, vol. 15 (1834), p. 160 s.; al respecto también AMELUNG, *Rechsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 42 y 47.

B) El positivismo normológico (Binding): el bien jurídico en el poder definitorio del legislador

El positivismo normológico refleja de manera aun más evidente la pérdida de confianza en la posibilidad de reconocer valores últimos como, por ejemplo, la justicia. En su lugar se sitúa el empeño por desarrollar los conceptos generales a partir de las normas del Derecho positivo[14].

Si el Derecho solo está sometido al poder configurador del legislador, el delito se agota en la insubordinación ante la norma y, en consecuencia, al bien jurídico no le corresponde tampoco un contenido propio[15]: "bien jurídico es todo aquello que a ojos del legislador resulta valioso para el ordenamiento jurídico y cuya preservación libre de perturbaciones debe, por tanto, asegurarse a través de las normas"[16]. Si lo que importa es la protección del ordenamiento jurídico en cuanto tal, el bien jurídico es siempre "un bien jurídico colectivo aunque aparente ser sólo individual"[17].

C) El positivismo naturalista (von Liszt): el bien jurídico como interés vital seleccionado por el legislador

A diferencia de *Binding*, *von Liszt* pone el acento en la relevancia de una realidad social que el legislador no puede ignorar: "lo que genera el interés no es el ordenamiento jurídico, sino la vida. Pero la protección jurídica eleva el interés vital a la categoría de bien jurídico"[18].

Desde esta perspectiva, el legislador se encuentra vinculado por una realidad vital preexistente[19], pero dentro de este marco tiene la posibilidad de realizar sus objetivos de política jurídica sin estar sometido a limitaciones. "Es evidente que con el 'bien jurídico' la *idea de fin* encuentra su vía de entrada en los dominios de la teoría del Derecho, se inicia la perspectiva *teleológica* del Derecho y se pone fin al enfoque lógico-formal"[20]. Así, el Derecho penal se convierte en "instrumento en

[14] STOLLEIS, *Geschichte des öffentichen Rechts*, vol. 2, 1992, p. 438.

[15] BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. 1, 2.ª ed., 1890, p. 96 ss.; ID., *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 183.

[16] BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885, p. 169.

[17] BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. 1, 2.ª ed., 1890, p. 358.

[18] VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 4.ª ed., 1891, p. 9.

[19] Pese a este punto de partida empírico, *von Liszt* evolucionaría hacia una normativización del concepto de intereses, que no deben ser entendidos como individuales, sino como intereses humanos genuinamente característicos. VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,* 4.ª ed., p. 8; ID., *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 20.ª ed., p. 69. Cfr. igualmente MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, p. 100 s.

[20] VON LISZT, *ZStW*, 6 (1886), p. 673.

manos de un Estado cuya organización se extienda ampliamente en la sociedad y pasa de ser un límite de la política a convertirse en un medio de ésta"[21].

3. La concepción material del bien jurídico basada en el Derecho constitucional

Bajo la ley fundamental el Estado halla (de nuevo) una determinación material y se restaura la relación de contenido entre el fin del Estado y el Derecho que se había perdido con el positivismo[22]. La base del Estado es el ser humano en su dignidad, que el Estado está obligado a preservar y proteger (art.1.1 de la Constitución alemana). Un Derecho guiado por este propósito no sólo necesita legitimación democrática obtenida en un proceso formalmente ajustado al Estado de Derecho, sino que materialmente debe satisfacer también esta pretensión. Por tal motivo el Tribunal Constitucional extrae del principio de Estado de Derecho (art. 20.3 Constitución alemana) la exigencia de que el Derecho positivo deba ser materialmente justo[23]. Si por esta vía el fin del Estado también impone límites a la legítima elaboración del Derecho[24], esta vinculación a fines ya no puede basarse[25] directamente en un concepto filosófico, sino en la ley fundamental como parte del Derecho positivo.

De este modo los bienes jurídicos sirven para el desarrollo del individuo garantizado por el Derecho constitucional: los bienes jurídicos son "las condiciones y objetivos […] que son necesarios para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal basado en estos fines"[26]. Así, los bienes jurídicos adquieren una función crítica consistente en limitar la competencia del legislador, cuyo fundamento radica en la dignidad de los derechos fundamentales, que también es vinculante para el poder legislativo. La pretensión de libertad garantizada por el Derecho constitucional excluye la punibilidad de las meras infracciones morales (es decir, una punibilidad debida, precisamente, a las contravenciones de la moral).

---

[21] NAUCKE, *ZStW,* 94 (1982)*,* p. 536.

[22] Cfr. MAIHOFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, 1968, p. 57 ss.; MICHAEL MARX, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, 1972, p. 25 s; BÖCKENFÖRDE, en ID., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2.ª ed., 1992, p. 187; igualmente LORZ, *Modernes Grund- und Menschenrechtsverständnis und die Philosophie Kants*, 1993, p. 175 ss. Una perspectiva general en MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, p. 144 s.

[23] BVerfGE vol. 20, p. 323, p. 331; vol. 52, p. 131, p. 144 s.

[24] GEDDERT-STEINACHER, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, 1990, p. 106 s.; MICHAEL MARX, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, 1972, p. 63 y *passim*; cfr. igualmente RUDOLPHI, en *Honig-FS*, 1970, p. 159.

[25] Otra perspectiva aún en los primeros años de postguerra. Sobre este "renacimiento del Derecho natural" cfr. ARTHUR KAUFMANN, en *Gagnér-FS*, 1991, p. 105 ss.

[26] ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 1, 4.ª ed., 2006, § 2, número marginal 7.

4. La renuncia al concepto de bien jurídico en beneficio de la dogmática de los derechos fundamentales

Partiendo de una concepción del bien jurídico basada en los derechos fundamentales basta con dar un pequeño paso para negar toda relevancia propia al concepto de bien jurídico para delimitar la competencia estatal en la creación del Derecho. Así se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional manifestando que una "función crítica de la teoría del bien jurídico" entra "en contradicción con el hecho de que en un ordenamiento constitucional sea asunto del legislador democráticamente legitimado […] determinar cuáles son los bienes jurídicos a proteger por medio del Derecho penal y adaptar las normas penales a la evolución de la sociedad"[27]. Por lo demás, el concepto de bien jurídico, debido a la indeterminación de su contenido, tampoco resulta útil a tal efecto[28].

La comprobación de la legitimidad de una norma penal tomando la Constitución como pauta exige[29]:

- La legalidad formal del fundamento de la injerencia jurídico-penal, incluido el respeto al mandato de determinación (art. 103.2 Ley Fundamental).

- Que no se produzca una injerencia en el ámbito nuclear intangible (esto es, en el "núcleo de dignidad humana" presente de alguna manera en cada derecho fundamental).

- Y, ante todo, el respeto al principio de proporcionalidad al que pertenece asimismo el principio de que el Derecho penal es la *ultima ratio* en la protección de bienes jurídicos[30].

La relación de medio a fin exigida con el principio de proporcionalidad (en el sentido de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) presupone la legitimidad del fin perseguido de acuerdo con el baremo de la Constitución. Una afirmación fundamental del Tribunal Constitucional sostiene que el legislador es libre en la elección de los fines siempre que éstos no se opongan al Derecho constitucional. Cuando el Tribunal caracteriza como fin del Derecho penal la protección de bienes jurídicos está estableciendo solo una etiqueta para el fin perseguido.

---

27 BVerfGE, vol. 120, p. 224, p. 242; en sentido crítico el voto particular de *Hassemer*, nota 255 ss. y, por ejemplo, CORNILS, *ZJS*, 2009, p. 87 ss.; GRECO, *ZIS*, 2008, p. 234 ss.; HÖRNLE, *NJW*, 2008, p. 2085 ss.; NOLTENIUS, *ZJS,* 2009, p. 15 ss.

28 BVerfGE, vol. 120, p. 224, p. 241. Contra este argumento, acertadamente crítico NOLTENIUS, *ZJS*, 2009, p. 17.

29 En detalle BVerfGE, vol. 120, p. 224, p. 238 ss.

30 BVerfGE, vol. 120, p. 224, p. 240.

Sobre la base de esta delimitación meramente negativa del concepto de bien jurídico a aquellos fines cuya persecución es inadmisible jurídico-constitucionalmente puede justificarse una notable expansión del círculo de potenciales bienes jurídicos[31]. Así, no cabe excluir por principio que se defina en última instancia como bien jurídico cualquier interés estatal en la evitación de conflictos. En tal sentido, ciertamente no cabe considerar como bienes jurídicos susceptibles de protección las meras actitudes morales, pero sí la paz social perturbada por su afectación. El centro de gravedad de la solución adecuada radica en la proporcionalidad en sentido estricto, que supone una débil protección para la libertad del individuo porque a este nivel los intereses colectivos fácilmente se acaban imponiendo[32]. Partiendo de esta perspectiva recientemente el Tribunal Constitucional ha aceptado la punibilidad del incesto entre hermanos[33].

5. Resumen

Si se quiere sostener un concepto crítico de bien jurídico es necesario legitimar su pretensión de vigencia. Esta legitimación debe derivarse de la Constitución y, a tal efecto, sería muy corto de miras reducirla a una mera disposición del Derecho positivo. Esto último no es posible aunque sólo sea porque las determinaciones relativas a los derechos fundamentales de la Constitución "(consisten) según su tenor literal en fórmulas lapidarias y declaraciones de principios cuyo contenido no resulta precisamente inequívoco"[34]. De ello resulta que "la opinión mayoritaria, según la cual la Constitución no es un argumento suprapositivo que guíe las discusiones sobre la legitimación en Derecho penal, supone un autoengaño jurídico"[35].

La Constitución está basada en el concepto previo de una filosofía de la libertad que hunde sus raíces en la Ilustración crítica[36]. El punto de partida según el cual el Derecho encuentra su legitimación en la libertad de los ciudadanos debe así determinar también la concepción del bien jurídico que se fundamenta en el Derecho constitucional[37].

---

[31] ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, vol. 1, 4.ª ed., 2006, § 2, n.º marg. 87; SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*, 2003, p. 144 ss.

[32] Acertadamente NOLTENIUS, *ZJS*, 2009, p. 18.

[33] BVerfGE, vol. 120, p. 224.

[34] BÖCKENFÖRDE, en ID., *Staat, Verfassung, Demokratie*, 2.ª ed., 1992, p. 115.

[35] NAUCKE, en LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, vol. 1, 1998, p. 168.

[36] GRECO, *ZIS*, 2008, p. 237 s; MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, p. 215 ss.; NOLTENIUS, *ZJS*, 2009, p. 17 ss.

[37] Cfr. en el contexto de la sentencia sobre el incesto del Tribunal Constitucional NOLTENIUS, *ZJS*, 2009, p. 17 s; GRECO, *ZJS*, 2008, p. 237.

Si partiendo del fundamento de esta perspectiva se entiende el bien jurídico como los "elementos esenciales de la libertad" que, a su vez, se constituyen a través de la libertad, es decir, "en un proceso de reconocimiento recíproco" entonces el carácter libre del ordenamiento se expresa de manera inmediata también en dichos bienes[38].

Por ello, no existe nunca una lesión de la libertad en las conductas consentidas por quienes intervienen en ellas aun cuando dichos comportamientos no sean aceptados por razones morales por los restantes miembros de la sociedad. La conclusión debe ser la misma aun en el caso de que estas conductas causen una efectiva intranquilidad en la población pues en una sociedad libre las mayorías no tienen el derecho de obligar a seguir las pautas morales a quienes se desvían de ellas y menos aun pueden hacerlo por medio del Derecho penal[39]. Es precisamente la consideración a la libertad de la persona lo que permite exigir la separación entre moral y Derecho incluso a quienes se escandalizan por el comportamiento ajeno. En una sociedad libre, la indignación moral es problema de cada cual pues el conflicto empíricamente constatable no puede resolverse en detrimento de la libertad del sujeto disidente. En consecuencia, a la libertad jurídica pertenece también la necesidad de aceptar como permitidas jurídicamente aquellas conformaciones de la vida ajena aun cuando parezcan inaceptables moralmente a la mayoría, dado que un Derecho basado en la libertad tiene como elemento constitutivo el reconocimiento de la libertad ajena.

Es evidente que estas reflexiones no entran en contradicción de principios con la concepción del Tribunal Constitucional, pero con ellas se reafirma la idea de que un concepto de bien jurídico basado en la Constitución no puede obtenerse sin referencia a la filosofía de la libertad desarrollada desde la Ilustración[40]. Esto lleva en la práctica a que nunca pueda bastar como fundamentación del menoscabo del bien jurídico el que una conducta cause de manera efectiva una perturbación en la vida en común, pues si el Derecho se constituye a partir de relaciones interpersonales de libertad recíproca queda abierta la cuestión de si una afectación efectivamente percibida es una lesión de la libertad o si su superación depende de la persona que se siente afectada. En este contexto no puede estarse de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el incesto.

---

[38] ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, p. 165.

[39] En sentido similar GRECO, *ZJS*, 2008, p. 237; NOLTENIUS, *ZJS*, 2009, p. 15 ss.

[40] Cfr. también ROXIN, *Strafrecht. Allgmeiner Teil*, vol. 1, 4.ª ed., 2006, § 2, nota marginal 92 ss.; SCHÜNEMANN, en HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS, *Die Rechtsgutstheorie*, 2002, p. 137 ss.

VI. ¿Derecho penal especial, Derecho penal económico?*

*Cornelius Prittwitz***

1. El diagnóstico

El derecho penal económico vale justificadamente como "moderno"[1]. Puede confundir, pero sólo *prima facie*, que esto valga para las connotaciones contradictorias[2] que están vinculadas con el concepto "derecho penal moderno".

---

* Estas líneas están dedicadas con afectuosos saludos a *Imme Roxin*, con gran respeto por su contribución tanto teóricamente orientadora como cercana a la práctica, en el derecho penal económico así como en otros temas penales, y en recuerdo a tantos encuentros en Alemania y en el exterior desde 1973; del primer encuentro en el Semestre de invierno 1973/1974 en Munich la homenajeada no se va a acordar ni podría hacerlo, puesto que consisitió en una apreciación del estudiante C.P., de "una sola página", quien junto con sus compañeros curiosos tomó conocimiento de que la esposa de su primer profesor de derecho penal, *Claus Roxin*, participaba una y otra vez como invitada en el curso de Derecho Penal.

** Traducido del alemán por María Laura Böhm. Texto original: *Cornelius Prittwitz*: Sonderstrafrecht Wirtschaftsstrafrecht?, en: *ZIS* 2012, pp. 59-62.

[1] Cfr. por ej. ROTSCH, *ZIS* 2007, p. 260 ss.

[2] El "derecho penal moderno" es en parte entendido como el derecho penal avanzado y adecuado a los problemas sociales y estatales actuales (así, por ejemplo: *Broda*, Der modernen Gesellschaft ein modernes Strafrecht, 1968), y es en parte entendido como resultado de una "tendencia político-criminal de desarrollo, en la cual el derecho penal se aleja visiblemente de los 'clásicos' principios de Estado de Derecho y a continuación es [reemplazado] por un derecho penal 'moderno', es decir, desformalizado y funcionalizado, que se dirige a una lucha contra determinadas formas de criminalidad" (esto según las informaciones *online* de la editora Duncker & Humblodt sobre el libro de *Park*, Vermögensstrafe und „modernes" Strafrecht, 1997). El derecho penal "moderno" comparte de esta manera la ambivalencia del concepto de la Modernidad.

Sin embargo, más allá de la ambivalente modernidad, tiene éxito[3]: En el ámbito germanoparlante el *Manual* de *Klaus Tiedemann*[4] fue durante mucho tiempo el único[5], pero al trabajo monográfico de *Bern Schünemann* sobre "Unternehmenskriminalität und Strafrecht"[6] han seguido una cantidad de interesantes investigaciones – criminológicas y penales –, el número de contribuciones de derecho penal económico en *Libros Homenaje* y en revistas científicas también ha crecido sostenidamente, así como el número de las jornadas especializadas.

Ya hay signos visibles de que no se trata únicamente de un fenómeno pasajero: El derecho penal económico ha encontrado su aceptación en la currícula del estudio de las ciencias jurídicas[7], como reacción a esto (pero, para ser realistas, también puesta la esperanza en la creciente necesidad de asesoramiento y por lo tanto de mandatos y encargos de dictámenes) aumentó el número de cátedras de derecho penal con una dedicación especial al derecho penal económico y, en consecuencia, aumentó también el número de investigadoras e investigadores penales que ambicionan y tienen la *venia legendi* para el ámbito del derecho penal económico. Ya no podían quedar dudas cuando a inicios de 2012, a la ya añeja y valerosa *wistra*[8], especializada en derecho penal económico e impositivo, se le presentó competencia por parte de la revista *NZWiSt* [9] – nieta de la *NJW* (*Neue Juristische Wochenschrift*) – aparecida en la editorial C.H. Beck.

Esta exitosa coyuntura tiene motivos entendibles que no requieren de mucha explicación. El legislador nacional se ha hecho desde hace décadas muy activo – en parte paralelamente, en parte consecutivamente, pero siempre acorde con los desarrollos europeos e internacionales –, y ha creado "nuevo" derecho penal económico[10]. Junto a eso – acompañados mayoritariamente con aplausos por parte

---

[3] Sobre el desarrollo del derecho penal económico: TRENDELENBURG, *Ultima ratio?*, 2011, p. 4.

[4] Cfr. (entretanto) TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil*, 3ra. Ed. 2010; *idem.*, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, 3ra. Ed. 2011 [NdeT: En español, para la Parte General y la Parte Especial del derecho penal económico de este autor: *Klaus Tiedemann*, Manual de derecho penal económico: parte general y especial, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010].

[5] Cfr. ahora WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2da. Ed. 2011; HELLMANN/BECKEMPER, *Wirtschaftsstrafrech*t, 3ra. Ed. 2010; *KUDLICH/OGLAKCIOGLU*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2011.

[6] SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979.

[7] Esto vale en todo caso para el estudio universitario troncal.

[8] *Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, Verlag C.F. Müller; el volumen 1 apareció en 1982, sólo un año luego de que en 1981 había comenzado con las revistas *NStZ* (*Neue Zeitschrift für Strafrecht*) y *Strafverteidiger* la especialización de las revistas no exclusivamente científicas.

[9] *Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternemensstrafrecht*, el volumen 1 apareció en enero de 2012.

[10] Cfr. nuevamente sobre el desrrollo del derecho penal económico TRENDELENBURG*, supra* nota 3, p. 4 con más referencias.

de los medios masivos de comunicación –la política y la sociedad, la agencias de investigación penal y la justicia han puesto bajo la lupa la criminalidad económica– la cual, así como las específicas normas penales de la estafa y la administración fraudulenta, existe en realidad hace mucho. En forma no del todo sorprendente, quienes en cierta medida cayeron en la mira de los perseguidores penales así como las personas naturales y jurídicas dotadas de un alto poder de protesta, reaccionaron diferente a quienes antes eran los amenazados por la criminalización y la persecución penal. Los actores económicos afectados por la nueva criminalización se han puesto a la defensiva exitosamente a diferentes niveles. Esto sucedió en forma bien distinta a como lo hicieran mucho antes los cazadores furtivos, como lo hicieran luego los ladrones de bancos y los ofensores sexuales percibidos por la sociedad como particularmente amenazantes, pero también en forma distinta al así llamado "crimen organizado" –económica y políticamente motivado–. El proceso legislativo del derecho penal económico es acompañado constructivamente por los lobbies. La obtención de financiación externa[11] para la investigación penal económica y criminológico-económica tiene claras ventajas en relación con la investigación penal y criminológica clásica. Ante todo, sin embargo, las empresas, su personal directivo y sus empleados en el marco de procesos penales potenciales – y en parte todavía evitables – y de procesos penales en trámite, pueden servirse del consejo de peritos altamente especializados y pueden servirse asimismo de defensores penales pagos más allá de las regulaciones BRAGO[NdeT] –, ya que están en condiciones de permitírselo económicamente.

2. La interpretación

¿Cómo debe interpretarse la magnitud y la fundamentación del diagnóstico bosquejado? ¿Cuáles son sus consecuencias, si es que tiene alguna consecuencia?

A) Obviedades y normalidades

Es recomendable, en primer lugar, precisar con la debida serenidad las obviedades y las normalidades que en ocasiones parecen perderse de vista en el calor de la batalla, cuando alternativamente algunos observadores ponen a "*la* economía" injustamente en la picota u otros creen haber reconocido en la criminalidad empresarial el "verdadero objeto del derecho penal"[12].

---

[11] Cfr. por ej. de *Bussmann* „Kooperation mit Pricewaterhouse-Coopers", referencias en BUSSMAN, en: Schröder/Hellmann (comp.), *Festschrift für Hans Achenbach*, 2011, p. 57.

[NdeT] BRAGO es la sigla de la *Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung*, la Ley Federal de regulación de las tarifas de abogados.

[12] Así por ejemplo SCHÜNEMANN, en: Schünemann (comp.), *Deutsche Wiedervereinigung, Die Rechtseinheit – Arbeitskreis Strafrecht, Vol. 3, Unternehmenskriminalität*, 1996, p. 129.

Aquí debe mencionarse en primera línea la idea de que el derecho penal –normativamente siempre, empíricamente se acerca tímidamente al ideal– no se entiende ni como un derecho penal de las clases bajas ni como un derecho penal de las clases altas y las elites, sino como un derecho penal de los ciudadanos y las personas, que rige para poderosos e impotentes, para consumidores y productores, para empleados y empleadores.

Si con tal afirmación no se quiere quedar expuesto al reproche de que uno está haciendo el juego –ciego a la realidad jurídica– a la "ley majestuosa" de que tanto pobres como ricos tienen igualmente prohibido dormir bajo los puentes[13], deben mencionarse determinadas actividades del legislador penal y de los aplicadores del derecho, y tomar posición respecto de la cuestión de su obviedad y su normalidad.

Sin tomar posición ya en forma concluyente sobre el sentido y la legitimidad de parcelas temáticas específicas del derecho penal económico recientemente creado, no hay que ofenderse si el legislador cumple con su responsabilidad de fijar las condiciones marco de la acción social en general –y esto significa que bajo ciertas circunstancias también las sancione penalmente– también en el ámbito del subsistema de la economía. Debe tomarse muy en serio la cuestión de que el así llamado derecho penal complementario, por su carácter fundamentalmente accesorio y también *per definitionem*, obviamente no puede tener la ambición de ser la *magna charta* del ciudadano con tendencia a la infracción[14]. Independientemente de esta cuestión, sin embargo, debe dejarse en claro que el legislador en la tradición de tal derecho penal complementario también tiene permitido penalizar la conducta de los actores económicos, o incluso debe hacerlo[15].

Lo mismo vale –e incluso aún más– para la aplicación de las prohibiciones penales generales, como por ejemplo la estafa y la administración fraudulenta, que lógicamente están dirigidas a todos los ciudadanos y –por la relación con la economía de estos tipos penales– en gran medida a los actores *económicos*. Naturalmente, con esta confesión sobre la lógica normalidad del debate no debe darse por anticipadao si el uso beneplacente del tipo penal (problemático, indefinido y reconocidamente demasiado amplio) de la "lucha" contra la

13 Así la crítica incisiva de *Anatole France*.

14 Véase una diferenciación importante y rica en consecuencias entre las distintas perspectivas sobre el Art. 103 párr. 2 de la Constitución alemana y el Código Penal alemán como *magna charta* del *delincuente* (así la cita original en V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, Vol. 1, 1905, p. 80) o del *ciudadano* (NAUCKE, *Strafrecht, Eine Einführung*, 9na. Ed. 2000, § 2 nota marginal 28 ss.).

15 De todas formas, si se tiene en cuenta la envergadura de la potencial dañosidad social de la acción económica, es sorprendente que los *deberes* estatales de penalización, siguiendo la decisión BVErfGE 88, 203 [decisión del 28.05.1993], recién hayan comenzado a ser discutidos seriamente desde el debate sobre la punibilidad de la interrupción del embarazo.

criminalidad económica puede regir despreocupadamente desde la perspectiva del Estado de Derecho.

A fin de cuentas, puede advertirse rápidamente que el plus en derecho penal económico que producen el legislador y la jurisprudencia penales, llevan a un aumento de la demanda de prácticos penales competentes en el ámbito del derecho penal económico, así como de los respectivos docentes penales, y de esta manera genera un acento en la temática "derecho penal económico" en el ámbito científico (y de las publicaciones) de la ciencia jurídica y la criminología.

Tal vez a alguno que otro le resulte difícil reconocer que la representación –en lo posible exitosa– de los intereses de los actores económicos en los procesos legislativos y en la aplicación de la ley también es inobjetable. Esto corresponde, aquí alcanza con indicarlo, a la autocomprensión del Estado de Derecho liberal.

B) Lo escandaloso y criticable

¿Qué queda de criticable? Si se observa el derecho penal económico "*en los libros*" y "*en acción*", y luego de procesar la *checklist* de las obviedades recién perfilada, ¿queda acaso algo, que pueda objetarse?

Para adelantar la respuesta: Quedan dudas. Estas dudas se refieren a distintos planos, vienen de direcciones diversas y en parte contradictorias, y ya se han perfilado como *basso continuo* de la melodía "Todo en orden" del apartado anterior.

Político-criminalmente debe observarse –y es entendible cada postura– que lo que desde un lugar se critica por ser criminalización excesiva y demasiado dura, se critica desde otro lugar por percibirse como muy poca criminalización y demasiado suave. Por consiguiente, tendencialmente, los esfuerzos de influir en la legislación penal económica son percibidos como actividades ilegítimas –en todo caso aquellos que revelan los tejes y manejes de los poderosos–, mientras que el actor económico percibe tal proceder como obvio y útil. Los esfuerzos de los defensores penales, apoyados por parte de la ciencia penal escéptica del derecho penal, son percibidos como un comprometerse con el lado equivocado. La insistencia en los principios limitadores del derecho penal como el principio de la *ultima ratio* también en el contexto del derecho penal económico o de la política criminal económica es entendida en parte como toma de partido, y por otro lado como un ejemplo particularmente visible y por lo tanto placativo de un Estado en general poco interesado en principios, y todavía menos interesado en los principios limitadores. Cuestiones de imputación objetiva y subjetiva, como por ejemplo la relación entre la responsabilidad individual y colectiva, son tratados en forma controversial. Y direcciones importantes de la criminología se encuentran confundidas e indecisas ante el hecho de que el derecho penal no siempre se muestra como el derecho de

los poderosos contra los desapoderados, así, los criminólogos están inseguros en cuanto a si deben continuar como hasta ahora críticos de la criminalización o si deberían golpear del lado de los criminalizantes.

C) Intento de sinopsis

Si en este terreno inseguro se intenta tomar posición, que no sea entendida ni como favorable a la criminalización ni como escéptica de la criminalización, que no sea desde el vamos entendida como enemiga de la economía ni como afín a la economía, entonces se comprenderán más fácilmente las turbulencias provocadas por sistemas poco o para nada compatibles.

Independientemente de los fenómenos de la criminalidad –que deben calificarse más exactamente como "criminalidad en la economía" que como "criminalidad de la economía"– parece que "economía" y "derecho penal" en muchos sentidos no son acoplables.

El derecho penal económico es en primer lugar "moderno", en el sentido de que en gran medida muestra los elementos que caracterizan al "moderno" derecho penal del riesgo –y que lo distinguen como derecho penal problemático[16]. La forma de comportamiento que regula no es primordialmente *mala per se,* tampoco es desviado, sino más bien conforme (al sistema), incluso a menudo –en tanto no sea penalmente típico– es comportamiento deseable. Respecto de este comportamiento no se reacciona en primera línea por su carácter insoportable para la sociedad, sino que se pretende dirigirlo –e incluso no se trata de una dirección detallada, sino de intentos de dirección a grandes rasgos.

El derecho con el que se regula es un derecho que pretende ser especialmente preventivo y que por lo tanto adelanta el ámbito del comportamiento punible; es un derecho al cual la comprobación del comportamiento real le resulta particularmente difícil y que por lo tanto, una vez más adelanta el ámbito del comportamiento punible. Es un derecho al que por el contexto de la posible tipicidad del comportamiento se le hace particularamente difícil la distinción de responsabilidades entre distintos comportamientos individuales, así como entre la responsabilidad individual y colectiva, y que por lo tanto favorece o crea figuras de imputación innovadoras –como el "concepto económico de autor"[17] acuñado por *Rotsch.* Es un derecho, al mismo tiempo, al cual por distintos motivos la consecuencia tradicional del derecho penal "pena privativa de la libertad" le resulta inadecuada y que por esta razón hace abundante uso de las posibilidades de interrupción favorecidas por estrategias procesales "innovadoras" como el "*deal*", y

[16] Cfr. al respecto PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993.
[17] ROTSCH, en *ZIS* 2007, p. 260.

que produce salidas procesales con sanciones innovadoras que desde una perspectiva fiscal resultan rentables. Además, finalmente, es un derecho que ha privatizado muchísimo la persecución penal –en una forma impensable en otros ámbitos jurídicos– a través del instituto de la *compliance*, o en el cual la persecución penal y la renuncia penal se traslada en forma altamente innovadora a la esfera de los sujetos de derecho.

La criminalidad económica puede ser llamada sin cargo de conciencia *criminalidad* económica, aunque con la criminalidad tradicional tiene frecuentemente, y en su mayor parte, poco en común. Y el derecho penal económico puede ser llamado sin cargo de conciencia *derecho penal* económico, aunque con el tradicional derecho penal tenga frecuentemente, y en su mayor parte, poco en común. *Thomas Rotsch* ha descripto hace unos años estas particularidades con los conceptos "diferenciación, diversificación y divisionalización"[18]. Estas categorías no solo se adecuan en forma precisa a la cuestión, como él mismo ha demostrado respecto de la dogmática penal con una serie de ejemplos[19], sino que caracterizan de forma muy precisa el desarrollo, en cuanto a que estos conceptos derivados de la economía –y que precisamente combinan no sólo con la economía, sino también con el *derecho penal* económico– demuestran en forma convincente, que las legalidades de la economía marcan al derecho penal que debe regularlas de una forma mucho más fuerte, que lo que a la inversa, el derecho penal las marca a ellas. Ya el legislador penal, quien en el manejo del derecho penal orientado por principios tradicionales se ha valido de formas más bien uniformes, más definidas y en definitiva más "fáciles", utiliza los instrumentos de la diferenciación, la diversificación y la divisionalización; lo que todavía no está suficientemente diferenciado, diversificado y divisionalizado experimenta el pulido fino mediante la jurisprudencia, que está dispuesta a modificar el molesto concepto de autor para que se adecue al recorte de la criminalidad correspondiente, está dispuesta a adaptar molestos principios de imputación al recorte de la criminalidad correspondiente y también –palabra clave: "*deal*"– está dispuesta a pulir molestas exigencias probatorias y principios procesales, de tal manera que del tradicional derecho penal en su forma material y procesal no queda mucho. Lo que ha emergido es más bien un "derecho penal económico" llamado derecho penal *especial*, lo que surgieron son procedimientos que se diferencian en tantos aspectos del proceso tradicional, que con seguridad se puede hablar también de una derecho procesal penal *especial*.

Con estas clasificaciones –naturalmente exageradas–, no obstante, no está de ninguna manera relacionada una valoración *a limine*. Bien puede ser –y de hecho mucho habla en este mismo sentido– que el derecho penal con sus requisitos de tipicidad y sus consecuencias jurídicas, y en conjunto su derecho procesal, no

[18] ROTSCH, en *ZIS* 2007, p. 260.

[19] ROTSCH, en *ZIS* 2007, p. 260 (p. 263 ss.).

combinen con el ámbito de la economía, por lo que la diferenciación, la diversificación y la divisionalización se presenten como requisitos necesarios para contar con un derecho penal económico exitoso.

No obstante, me parece que se aconseja bien al Estado cuando se le sugiere generar más unidad e integridad en el ámbito de su derecho penal, siempre que confíe en un instrumentario llamado "derecho penal", al que sin titubeos podría considerarse como restos –tal vez necesarios– de una relación Estado-Ciudadano más bien unidimensional, en algún sentido incluso atávica. No es casualidad el que el derecho penal ambiental y el derecho penal económico hayan sido incorporados en el Código Penal alemán. Es muy simbólico y basándose precisamente en símbolos estas regulaciones punitivas fueron cobijadas en un ámbito jurídico que –desde lo normativo es generalmente aceptado[20]– debería ser *ultima ratio*.

Utilizar la "filosa espada" derecho penal –un arma sin dudas tecnológicamente anticuada– y al mismo tiempo transformarla en una suave arma de todo uso, representa una sobreexigencia de la empresa "derecho penal estatal". No sería la primera vez que medidas de diferenciación, diversificación y divisionalización, que deberían mejorar el funcionamiento general de la empresa[21], acarreen su fin.

El manejo de la espada "derecho penal" exige sin duda, si se la quiere utilizar en forma efectiva y legítima, de una dogmática finamente cincelada, pulida y compleja. Si bien diferenciación, diversificación y divisionalización son según mi opinión "fenómenos de la teoría y praxis penal modernas", como *Rotsch* sostiene, no deben entenderse sin más como "emanación y consecuencia" de la sutil dogmática penal tradicional que siempre –aunque haya excepciones– se ha esforzado precisamente por la construcción de categorías sistemáticas y respetuosas de los principios. Diferenciación, diversificación y divisionalización, en cambio, se sirven –según una observación superficial de la lengua y la conceptualidad– de la dogmática penal tradicional; pero se infiltran de base en el ámbito que deben regular, sin embargo, con la conceptualidad y la lógica económicas. El ámbito jurídico "derecho penal económico", que así ha surgido, se ha alejado mucho de los requisitos, las consecuencias jurídicas y los procesos del derecho penal tradicional. Es un derecho penal especial que por momentos (y por algunos) es pensado como derecho penal especial para enemigos y pareciera que para ellos así debiera constituirse, y que por otro lado, por otros es pensado –y pareciera también que para ellos así debiera constituirse– como derecho penal especial para amigos. Pero sin duda no es un derecho penal del ciudadano, que no aceptaría tal grado de difusión de sus instrumentos y procesos, porque se producirían daños. Un derecho, en todo caso

[20] Cfr. al respecto ahora en general TRENDELENBURG, *supra* nota 3, *passim*.

[21] ROTSCH, en *ZIS* 2007, p. 260 (p. 263) con referencias sobre administración de negocios en nota 39.

un derecho *penal*, que, como escribe *Rotsch*, "permite toda opinión, toda norma y toda decisión"[22], no es un derecho en el que se pueda apostar simbólicamente.

3. Perspectiva

Diferenciación, diversificación y divisionalización, y con ello la difusión del derecho penal temida por *Rotsch* se encuentran en estado muy avanzado en el derecho penal económico. ¿Se trata por lo tanto únicamente del canto del cisne, una elegía del lánguido derecho penal? Esto sería muy pesimista y a la vez poco realista. El derecho penal económico es desmontable, no dispone del duro "acero" de la espada del derecho penal y tampoco debería disponer de él.

La sociedad debe en primer lugar decidir qué tanto quiere aceptar la renuncia del Estado a regular el subsistema de la economía (y las finanzas). Mucho habla a favor de no dejar todo en manos del propio subsistema. Una vez que esté claro *qué* debe ser regulado en el ámbito de la economía, entonces los legisladores penales y los aplicadores penales (prácticos y científicos) deberán decidir –de acuerdo a los principios y con vistas a lo que debe conservarse en el derecho penal en fondo y forma– *dónde* es necesario el derecho penal económico que se precie de ese nombre y que no esté diferenciado ni diversificado ni divisionalizado en exceso. Esta tarea es exigente; representa el núcleo de un derecho penal económico basado en principios y fundamentos, y es un derecho que toda facultad de derecho debería tener en su currícula, porque se lo debe a su sociedad y a sus estudiantes

[22] ROTSCH, en *ZIS* 2007, p. 260 (p. 265).

VII. Fundamentos político-criminales y dogmáticos del Derecho Penal*

Claus Roxin

Mi tema no puede desarrollarse argumentativamente en los veinte minutos que tengo a disposición. Por esta razón voy a limitarme al planteo de mis tesis y confío en que en el tiempo que de esa manera ganamos para la discusión podamos conversar todas las cuestiones en detalle.

1.

Mi punto de partida en el ámbito del tipo penal es el fin del derecho penal. Según ese fin se determinará desde una perspectiva político-criminal qué es lo que el Estado puede sancionar con pena, y desde una perspectiva dogmática, cuáles son las características que debe mostrar un comportamiento, para que pueda ser imputado como causante en el sentido de satisfacción del tipo penal.

2.

Según mi concepción el objetivo del derecho penal reside en la protección de los bienes jurídicos. Como bien jurídico entiendo todos los hechos que son necesarios para la convivencia pacífica y libre de los ciudadanos bajo la protección de los Derechos Humanos. Esto vale para bienes jurídicos individuales como la vida, la

* Traducido del alemán por María Laura Böhm.

salud o la propiedad, pero también para bienes jurídicos colectivos como la organización estatal o la justicia, ya que una convivencia pacífica y libre requiere del funcionamiento del aparato estatal y de la justicia.

3.

El fin del derecho penal, sin embargo, debe ser restringido por la exigencia político-criminal, en cuanto a que únicamente pueden ser amenazadas con pena aquellas afectaciones de los bienes jurídicos que no puedan ser evitadas mediante la implementación de medidas menos incisivas. También los ruidos molestos o el parqueo indebido estorban la convivencia humana, pero para su impedimento alcanzan ya las multas menores, penalmente no discriminatorias, del derecho contravencional. Para la compensación de simples infracciones contractuales alcanzan las sanciones del derecho civil.

Esto lleva a la siguiente tesis: La tarea del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de los bienes jurídicos. El principio de subsidiariedad encuentra su fundamento de teoría estatal en la prohibición del exceso: Según esta prohibición el Estado no puede restringir la libertad de los ciudadanos más allá de lo necesario para el aseguramiento de la paz y la libertad.

4.

Ahora bien, también el fin del derecho penal como protector de los bienes jurídicos descansa en una premisa de teoría del Estado, y esta es, el modelo de pensamiento del contrato social. Según éste, el soberano, o sea el pueblo, ha cedido al Estado únicamente la tarea de asegurar una convivencia libre y pacífica bajo la protección de los Derechos Humanos. Por el contrario, la tarea de tutelar en forma moral, religiosa, ideológica o incluso paternalista a los ciudadanos, los portadores del poder estatal (el pueblo) no la cedieron.

5.

Esta concepción tiene enormes consecuencias para la legislación. El Estado, por ejemplo, no estará autorizado a penalizar el comportamiento homosexual o el incesto entre hermanos adultos. Tampoco le estará permitido penalizar la negación no discriminatoria de hechos del pasado o la tenencia de droga cuando la misma está destinada exclusivamente al consumo personal, o un transplante médico de órganos, mediante el cual un donante vivo quiere contribuir a salvar la vida de un extraño. Todo esto no puede ser punido porque estas formas de comportamiento no conllevan una afectación de la paz y la libertad.

Sin embargo, en Alemania todas estas formas de comportamiento están sancionadas penalmente, con excepción de la homosexualidad (que lo estuvo hasta 1969). El que mi teoría limitadora de la punibilidad no es una opinión minoritaria, pueden comprobarlo, por ejemplo, en que ha sido ampliamente rechazada la continuidad de la punición del incesto decidida por parte de nuestro Tribunal Constitucional, también en que la punición de la negación de hechos históricos (en particular de un genocidio de los turcos contra los armenios) fue declarada inconstitucional en Francia, y en que la Corte Suprema argentina ha rechazado la punición del tenedor de droga cuando la tenencia es para consumo personal. Se trata por lo tanto de un problema muy actual también en el ámbito internacional.

6.

De la misma manera son relevantes las consecuencias del principio de protección del bien jurídico en la teoría del delito. Si, por ejemplo, se pregunta, ¿cómo deben ser formuladas las normas que aseguran la protección de los bienes jurídicos?, se obtiene una respuesta obligatoria: La norma debe prohibir cada comportamiento que represente un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido. La creación conciente de tal riesgo es una tentativa, la realización del riesgo se le imputa al autor como hecho consumado. El injusto penal no se funda por lo tanto en hechos ónticos, como lo sugieren los representantes de la teoría de la acción causalistas o finalistas, sino que se desprende más bien de las condiciones normativas de una efectiva protección del bien jurídico.

La teoría de la imputación objetiva fundada por mí en su forma moderna, la cual hoy se ha impuesto tanto en Alemania como internacionalmente, basa por lo tanto el injusto penal en la realización de un riesgo no permitido. No se trata de la continuación del desarrollo de la teoría de la adecuación, como muchas veces se sostiene, sino de un principio de imputación independiente de la causalidad.

7.

De la teoría de la imputación objetiva se puede deducir un sistema completo de reglas de imputación. Aquí no puedo desarrollarlo con mayor detalle, pero quiero cuanto menos decir que la creación así como la realización de un riesgo no permitido dependen respectivamente de tres requisitos.

En primer lugar la creación de un riesgo no permitido no entra en consideración en caso de disminución de riesgo; en segundo lugar, tampoco cuando falta un aumento de riesgo jurídicamente relevante; y en tercer lugar, tampoco entra en consideración en los casos de riesgos permitidos. La realización de un riesgo que posibilita la imputación del resultado debe rechazarse cuando, en primer lugar, tiene lugar en cursos de causalidad completamente desacostumbrados y, en

segundo lugar, cuando el resultado se hubiera producido con seguridad incluso si se hubiera permanecido dentro del ámbito de riesgo permitido. Una realización de riesgo, sin embargo, falta también cuando a pesar de haber sido creado un riesgo no permitido la forma en que se produjo el resultado no estaba cubierta por el fin de protección de la norma lesionada. En la discusión podremos explicar todo esto ilustrativamente mediante ejemplos.

Esta red de relaciones consecuenciales reemplaza una amplísima casuística por un concepto normativo general. Por este motivo es absolutamente equivocado, cuando los detractores de la teoría de la imputación objetiva reprochan que esta teoría sería un ensamble forzado de problemas individuales sin una línea conductora.

8.

También las formas de presentarse el injusto – dolo y culpa, tentativa, autoría y participación, omisiones impropias – puede explicarse desde la idea de la protección del bien jurídico.

Así puede explicarse el dolo – aunque sea sólo de resultado eventual – como una decisión en favor de una lesión de bien jurídico, mientras que el autor de culpa o bien ni siquiera vio la posibilidad de que se produzca el resultado, o lo vio pero confió en un desenlace afortunado. La tentativa debería ser entendida como la creación de un riesgo no permitido para el bien jurídico protegido, que excede al estadio de la mera preparación. La punición de una tentativa que según un juicio objetivo era completamente inocua, es decir, sin riesgo – posibilidad prevista en el derecho alemán – es, por lo tanto, un error de política jurídica.

La autoría no consiste, como en parte sigue sosteniendo todavía hoy la jurisprudencia alemana, en una voluntad del autor, sino en el dominio del suceso lesivo para el bien jurídico, el así llamado dominio del hecho. Pero también para la participación es esencial la relación con el bien jurídico, puesto que esa relación exige un ataque al bien jurídico sin dominio del hecho. Donde éste falta, la colaboración no es punible. Esto tiene enormes consecuencias prácticas: Impune es el agente provocador, o sea el inductor que hace que se detenga al autor antes de la consumación. Este agente provocador protege el bien jurídico, en lugar de atacarlo. Impune es también la inducción a una tentativa inidónea, ya que ésta no genera ninguna lesión al bien jurídico. E impune es, asimismo, la inducción o la colaboración en una tentativa de homicidio de la propia persona por parte de un tercero, puesto que solo es punible la lesión de bienes jurídicos de terceros.

Las posiciones de garante en la omisión tampoco se desprenden, como se creyó durante mucho tiempo, de la ley, del contrato o del hecho precedente. Mucho

mejor se explican a partir de las necesidades de la protección de los bienes jurídicos. El garante o bien tiene que proteger todos los bienes jurídicos de los peligros que emergen de su propio ámbito de dominio (posición de garante por deber de vigilancia), o tiene bienes jurídicos que le han sido confiados – por ejemplo la vida y la salud de sus hijos – para que los proteja de todo tipo de peligros (posición de garante por deber de protección).

El criterio precedentemente expuesto, en cuanto a que el injusto penal en todas sus formas de manifestación se puede explicar recurriendo a distintos aspectos de la protección del bien jurídico, todavía está muy lejos de imponerse en forma general. No obstante ello, considero que se trata de una perspectiva dogmática fundada.

9.

Junto a la lesión imputable de un bien jurídico hay todavía un requisito más del injusto punible: la ausencia de causas de justificación. Las causas de justificación se ocupan de la regulación de conflictos sociales. En la legítima defensa, por ejemplo, se trata del conflicto entre un atacante y un atacado, mientras que el estado de necesidad justificante trata del conflicto entre el rescate y la víctima del rescate. Mi tesis es:

La solución de tales conflictos se logra mediante principios de política criminal que se concretan en determinados principios sociales de orden. Quiero explicar esto sobre el ejemplo de la legítima defensa y el estado de necesidad justificante.

10.

La legítima defensa se basa según el derecho alemán (§ 32 StGB – *Strafgesetzbuch*, código penal alemán) en el principio de protección y en el principio de preservación del derecho.

Esto significa: En los casos en que el Estado no puede intervenir, el atacado tiene permitido adoptar todas las medidas de defensa necesarias para su protección, incluso cuando al hacerlo puedan producirse daños mayores que los que pretenden evitarse. Tiene permitido, por lo tanto, cuando no puede ayudarse de otra manera, hacer uso de un arma de fuego para defenderse de una golpiza.

Más allá de esto vale en el derecho alemán también el principio de preservación del derecho: Incluso cuando el atacado pudiera huir, y por lo tanto la utilización de un arma de fuego para su protección no fuera necesaria, tiene permitido, no obstante, utilizar un arma para su defensa. Detrás de este permiso reside la idea de que se colabora con el cumplimiento del derecho cuando se lo afirma frente a lo injusto, en lugar de retroceder.

De esto pueden deducirse limitaciones a la legítima defensa, cuando el atacado ha provocado el ataque mediante un comportamiento ilegal. En tal caso el atacado no está habilitado a imponer el derecho, porque él mismo lo ha infringido. Claro que todavía puede defenderse, pero debe hacer uso de las posibilidades de escape.

Los principios de orden mencionados posibilitan por lo tanto soluciones diferenciadas que se basan en ideas básicas uniformes. Por supuesto que el legislador puede optar por otras vías de solución y, por ejemplo, como hacen muchos órdenes jurídicos, subordinar la legítima defensa al principio de proporcionalidad. Entonces el atacado debería tener mucha más consideración con los bienes jurídicos del atacante que lo que le exige el derecho alemán. También aquí, sin embargo, se trata de una decisión de política criminal con ayuda de un principio social de orden.

11.

A diferencia del anterior, el estado de necesidad justificante se basa según el derecho alemán (§ 34 StGB) en otros dos principios sociales de orden: el principio de la ponderación de bienes y el principio de autonomía.

Cuando la víctima de un accidente, para salvar su vida, debe ser trasladada urgentemente a un hospital, puede ser utilizado el automóvil de un extraño, aun contra su voluntad, en tanto no haya a disposición algún otro vehículo, puesto que el valor de la vida humana debe ser valorado como sustancialmente más elevado que una pérdida transitoria de una posesión.

Cuando, por otro lado, la vida de la víctima del accidente sólo puede ser salvada por un transplante de riñón, el médico no tiene permitido obligar a un allegado del paciente a que se deje extraer un riñón. También aquí una ponderación de bienes da por resultado que la vida es un bien jurídico de mayor valor que la integridad corporal, más aún cuando la pérdida de un riñón no conlleva una reducción de la expectativa de vida. Sin embargo, la autonomía de la personalidad que se reconoce a cada ser humano, prohíbe, fuera de situaciones de legítima defensa, intervenir arbitrariamente en el ámbito nuclear de la existencia humana.

12.

Tipicidad y antijuridicidad conforman, en conjuto, el injusto. Con el juicio de antijuridicidad se dice que el autor ha hecho algo penalmente prohibido. El tercer nivel delictivo que se construye sobre esto lo llamo responsabilidad. Su función político-criminal es la cuestión – que debe ser diferenciada de la constatación del injusto –, de si el autor en el caso concreto debe ser penado. Para poder responder

afirmativamente a esta pregunta, deben sumarse al injusto dos requisitos más: la culpabilidad del autor y una necesidad preventiva de pena.

13.

Un comportamiento culpable lo defino como un actuar antijurídico a pesar de la receptividad normativa. Como receptividad normativa entiendo la capacidad del autor de entender normas y de orientarse de acuerdo a las normas. Esta capacidad es empíricamente verificable, en algunos casos incluso obligatoriamente, mediante peritos.

Es dudoso si la existencia de receptividad normativa se deja deducir de la libre voluntad. La posibilidad de una libre voluntad en el ser humano ha sido polémica desde siempre y hoy es nuevamente rechazada decididamente por parte de los representantes de la moderna investigación cerebral. Para la verificación de la culpabilidad en sentido penal, sin embargo, no es necesario comprobar o no su existencia, puesto que el derecho penal no se basa en el desarrollo de los procesos neuronales en el cerebro, sino que dispone una regla normativa. Según esta regla el orden jurídico tiene que tratar a los seres humanos, que son normativamente receptivos, como capaces de tomar decisiones libremente, y debe juzgar como culpable una infracción de la norma. Sin una mutua concesión de libertad y responsabilidad la convivencia jurídicamente ordenada no sería posible. Libertad y culpabilidad, por lo tanto, no son realidades comprobables, sino adscripciones. Su sustrato óntico se reduce a la receptividad normativa.

14.

Los niños no tienen culpabilidad, tampoco los enfermos mentales y otros incapaces de imputación, así como falta también culpabilidad ante la presencia de un error de prohibición inevitable o también en el caso de daños que se producen de forma inevitable por déficits corporales. En todos estos casos la norma no puede generar en la conciencia del autor un efecto que determine su comportamiento. Por lo tanto su falta de culpabilidad excluye la pena.

15.

Pero incluso allí, donde queda todavía una culpabilidad reducida, el legislador puede prescindir de la pena si considera que la punición preventiva es innecesaria. Así es por ejemplo impune el exceso en la legítima defensa, o sea un exceso respecto de los límites de la necesaria legítima defensa "por confusión, temor o susto" (§ 33 StGB), aunque el legislador parta de que un ser humano capaz al defenderse pueda orientarse en la medida de lo necesario. Pero la pena no le parece necesaria preventivamente, porque el autor no actuó por inclinación criminal, sino

por miedo, porque bajo condiciones normales no existe peligro de repetición y porque la sociedad en general también comprendería, en un caso así, que se prescinda de la pena.

Algo parecido rige también para el estado de necesidad exculpante (§ 35 StGB), en el cual alguien puede salvarse a sí o salvar a una persona cercana de un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad solo mediante un hecho ilegal. Si bien nuestro legislador dice que en tal rescate el autor actúa "sin culpabilidad" a costa de terceros ajenos a la situación, hay sin embargo suficientes testigos de que el ser humano también en casos de peligro puede orientarse de acuerdo a las normas y no está obligado a evitarlos mediante el daño a terceros inocentes. Pero el legislador considera que una pena es innecesaria, porque también aquí el autor no actúa por motivos criminales y ese tipo de situaciones son únicas en la vida.

La necesidad preventiva de pena debe ser reconocida – aunque pocas veces se preste atención a esto – como un elemento autónomo en la categoría de la responsabilidad.

16.

Con esto les he expuesto un completo sistema jurídico penal en la forma más breve posible. Así tenemos ahora todavía más tiempo para discutir.

VIII. Los delitos de propia mano

*Helmut Satzger**

1. Introducción

Según muchos manuales, los delitos de propia mano son considerados una categoría independiente entre las distintas categorías de delito. Son delitos de propia mano aquéllos delitos cuyo tipo exige que el autor cometa la acción típica de forma inmediata y con sus propias manos, porque solo en tal caso realiza el desvalor penal específico del delito correspondiente[1]. En el derecho alemán el concepto del delito de propia mano proviene de *Binding,* de principios del siglo XX[2] y al margen de una multitud de discusiones de detalle, es reconocido ampliamente en la jurisprudencia y la ciencia[3].

---

* El texto en español se basa fundamentalmente en mi artículo „Die eigenhändigen Delikte", en: *Juristische Ausbildung* (JURA), 2011, p. 103 ss.; la traducción la asumió el Sr. *Michael Juhas*, quien realiza su práctica de Derecho y a quien estoy muy agradecido. Por sus valiosos comentarios y colaboración en la preparación del trabajo agradezco enormemente al Sr. Asistente de investigación *Johann Melchior Raiser.*

1 Véase en lugar de muchos, WESSELS/BEULKE/SATZGER *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 43ra. Ed. 2013, nota marginal 40.

2 Cfr. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht*, 2da. Ed. 1975, 529 nota marginal 53; AUERBACH *Die eigenhändigen Delikte unter besonderer Berücksichtigung der Sexualdelikte des 4. StrRG*, 1978, 4.

3 HEINE en *Schönke/Schröder/Heine StGB*, 28da. Ed. 2010, antes del art. 25 nota marginal 86; KÜHL, en *Lackner/Kühl StGB*, 27ra. Ed. 2011, art. 25 nota marginal 3; ROXIN, *Allgemeiner Teil II*, 2003, art. 25 nota marginal 288.

La consecuencia más importante es que solo puede ser autor quien comete la acción típica personalmente, los otros intervinientes solo pueden ser inductores o cómplices. Así las cosas, no cabe en los delitos de propia mano la coautoría o la autoría mediata.

Caso 1: B debe acudir como testigo a un juicio. Declara que el acusado X en el momento de la comisión del delito estuvo en casa con él para ver un partido de fútbol, lo cual es falso. E, la esposa del acusado, había manipulado el calendario electrónico de B, así que éste después de mirar su calendario estaba convencido de decir la verdad.

En el *caso 1* B ha realizado el tipo objetivo del falso testimonio (art. 153 StGB), ya que ha declarado de forma falsa. Sin embargo, debido a su error de tipo no ha actuado de forma dolosa y –como tampoco había negligencia por su parte– no puede ser castigado. Pero como E ha causado el error de B, podría haber actuado como autor mediato, dirigiendo a B como instrumento no doloso en error de tipo (art. 25 StGB: "a través de otro"). Pero como el art. 153 StGB se considera un delito de propia mano, a priori solo puede ser autor el testigo.

Caso 2 (modificación del caso 1): E, X y B saben que X cometió el delito, pero sin embargo pretenden que sea absuelto. Por eso acuerdan una declaración falsa, para asegurarle una coartada falsa a X.

En el *caso 2* uno podría pensar en afirmar la coautoría de E, X y B, con la consecuencia, de que a todos los coautores se les imputaría el falso testimonio de B. Esto tampoco resulta posible debido a la clasificación del art. 153 StGB como delito de propia mano. X y E por lo tanto solo pueden ser castigados como inductores o cómplices (art. 26, 27 StGB).

Basándose en la definición citada del delito de propia mano, lo anterior resulta evidente. Pero surge la cuestión de *por qué* el falso testimonio es un delito de propia mano. El concepto de "propia mano" no aparece en el StGB. Más bien las normas de la parte general sobre la coautoría y la autoría mediata podrían indicar que los principios allí establecidos son válidos y aplicables para todos los delitos de la parte especial, con lo cual deberían ser posibles la coautoría y la autoría mediata en todos los delitos. Si esto no es así, es preciso una fundamentación, a ello me dispongo a continuación.

2. Ejemplos de posibles delitos de propia mano

Antes de tratar las bases y los criterios decisivos para la clasificación de un delito como delito de propia mano, quiero brevemente mencionar unos delitos considerados como delitos de propia mano en el derecho alemán:

El falso testimonio y el perjurio (art. 153, 154, 156 StGB): solo el que declara puede ser autor.

Los delitos de tránsito (art. 315a I Nro. 1, Nro. 2 Var.1, art. 315c[4] y art. 316 StGB): solo el conductor puede ser autor.

El delito de embriaguez total (art. 323a StGB) solo lo puede cometer quien se embriague.

Solo el juez puede ser autor del prevaricato (art. 339 StGB)[5].

El quebrantamiento del deber de prestar alimentos (art. 170 StGB) solo puede ser cometido por la persona que tenga este deber.

El incesto (art. 173 StGB): autor solo es quien cometa la cohabitación.

El allanamiento de morada (art. 123 Var. 1 StGB): solo puede ser autor quien penetre en la vivienda de otro[6].

3. La doctrina general sobre la autoría y sus peculiaridades acerca de delitos de propia mano y los delitos especiales

A) Teorías de la autoría

Una limitación de la autoría a conductas realizadas personalmente es ineludible en ordenamientos "poco complicados" que establecen que solo puede ser autor quien cometa la acción típica con sus propias manos. En un sistema como éste existirían únicamente delitos de propia mano. Pero precisamente éste no es el punto de partida del Código penal en Alemania ni en muchos otros ordenamientos jurídicos ni – sobre todo - de la doctrina de la autoría dominante. Al contrario: si uno se fija en la jurisprudencia alemana acerca de la delimitación de autoría y participación, ésta se rige por un planteamiento subjetivo, aunque ya no tan extremo como antes. Según esta doctrina, el que quiera el delito como suyo, es autor, según la versión extrema de esta teoría, incluso independientemente de quien realice la conducta típica. Como consecuencia, no existe en realidad ningún delito de propia mano, ya

---

[4] Cfr. *BGHSt* 18, 6; diferente en cambio sobre el art. 315c I Nr. 2 literal g, que es calificado como delito de omisión; véase ERNEMANN en *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB* 2014, art. 315c nota marginal 21; FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 61ra. Ed. 2014, art. 315c nota marginal 11; PEGEL, en *Münchner-Kommentar-StGB*, 2014, art. 315c nota marginal 75; LACKNER/KÜHL art. 315c nota marginal 17a.

[5] De otra opinión KUDLICH en *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB*, art. 339 nota marginal 7; UEBELE, en *Münchner-Kommentar-StGB,* art. 339 nota marginal 67.

[6] De otra opinión SCHÄFER, en *Münchner-Kommentar-StGB*, 2005, art. 123 nota marginal 64.

que no es necesario la realización de la conducta con las propias manos. Para ser considerado como autor es suficiente que éste pretenda el resultado típico.

En el llamado "caso de la bañera",[7] el Reichsgericht (Tribunal del Imperio) estableció acerca de la delimitación de la coautoría y la complicidad, que todas las condiciones del resultado típico son equivalentes, así que no es determinante solo la participación en la ejecución como criterio distintivo. Más bien, resulta decisivo valorar si el partícipe realizó su conducta de ejecución con el ánimo propio del autor, o sea si pretendió el delito como suyo, o si solo quiso apoyar un delito de otro. Solo en el primer caso puede ser considerado autor, mientras que en el segundo es posible la complicidad. De esta forma, el Reichsgericht sentenció que la hermana que realizó la conducta del homicidio sola, únicamente fue cómplice de la madre del bebé recién nacido.

A pesar de que la jurisprudencia haya desistido de esta teoría subjetiva extrema, el ánimo de autor sigue siendo un criterio esencial de delimitación. Sin embargo, la jurisprudencia se basa en indicios para objetivar esta delimitación: El grado del interés en el éxito de la acción, la medida en la que ha participado en el delito y el dominio de hecho o la intención de tener el dominio del hecho[8].

En la literatura, sin embargo, mayoritariamente se defiende la teoría del dominio de hecho de acuerdo con el planteamiento de *Roxin*. Aquél que por la dirección final y siendo consciente del desarrollo causal hacia el resultado típico es dueño de la realización del tipo, es autor y no solo partícipe.

B) Autoría y delitos especiales

Sin embargo, el propio Código penal alemán – así como los codigos penales de casi todos países - establece límites en algunos delitos: en la parte especial, junto con los delitos generales, que pueden ser cometidos por cualquiera, también se contienen los llamados delitos especiales, que se distinguen por la calidad requerida del sujeto del tipo penal, delimitándose así el círculo de posibles autores.

Ejemplos:

El tipo penal de la corrupción solo puede ser cometido por un titular de cargo, este elemento de tipo fundamenta la punibilidad. Por eso se trata de un delito especial propio.

---

[7] RGSt 74, 84 (85), Sentencia del 19.02.1940.

[8] BGHSt 37, 289 (291), publicado en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1991, 1068.

La lesión en el ejercicio del cargo también puede ser cometido únicamente por quien ostenta un cargo, o sea, un círculo de autores limitado. Pero como el elemento que delimita la autoría en ese caso solo agrava la pena –el no titular de cargo es castigado por lesión, art. 223, el tipo básico del art. 340– este delito es llamado un delito especial impropio.

La delimitación explícita de posibles autores en normas penales concretas de la parte especial constituye una excepción del art. 25 StGB. Solo puede ser autor quien pertenezca al círculo de autores de los delitos especiales.

Roxin valora esta excepción legal diferenciando entre los delitos de dominio, en los que es aplicable el criterio del dominio del hecho, y los delitos de infracción de deber. Acerca de estos últimos, la autoría no se puede basar solo en el dominio de hecho. Más bien solo puede ser autor aquel a quien le corresponda un deber especial típico[9]. En la ciencia en parte se critica este enfoque como inconsecuente y se argumenta también que los delitos especiales se basan en un dominio del hecho normativo[10].

C) Autoría y delitos de propia mano

Al contrario de los delitos especiales, los delitos de propia mano no están regulados explícitamente en el StGB. Por lo tanto, no puede sorprender que una opinión minoritaria niegue incluso la existencia de este tipo de delitos[11]. Esto, sin embargo, no resulta convincente teniendo en cuenta dos normas de la parte especial,:

El art. 323a StGB establece que será castigado el que *se* embriague. Sin embargo el autor mediato embriagaría a otro persona. Castigar al autor mediato[12] por lo tanto sería una infracción del principio de legalidad, art. 103 de la Constitución[13].

El art. 160 StGB castiga el provocar el falso testimonio de otro, entendiendo el concepto de provocar como influencia en el autor sin ser inductor en el sentido del art. 26 StGB. Esto se refiere justo a las situaciones que normalmente son consideradas casos de autoría mediata. Si nos acordamos del *caso 1* está claro que E causa un falso testimonio al provocar el error de B. Si E fuese castigado por autoría

[9] Fundamental sobre el tema, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8va. Ed. 2006, p. 352 ss.; véase también integral SÁNCHEZ-VERA, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, 1999.

[10] Sobre esta cuestión en general MURMANN, en *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB*, antes del art. 25 nota marginal 13.

[11] Cfr. SCHUBARTH, *SchwZStr* 114 (1996), p. 325 ss.; ÍDEM, *ZStW* 110 (1998) 827, p. 839 ss.

[12] Respecto de la coautoría esto no es obligatorio en igual medida, a causa de la recíproca imputación de acuerdo al art. 25 II StGB.

[13] Así correcto SCHÜNEMANN, en *Leibniz Kommentar*, art. 25 nota marginal 46.

mediata, es decir, si se negase la calificación del art. 153 StGB como delito de propia mano, el art. 160 StGB sería superfluo, ya que el falso testimonio no doloso de A abarcaría el provocar el falso testimonio en el sentido del art. 160 StGB. Además, de otra forma no habría motivo para que la amenaza de pena del art. 160 StGB (hasta seis meses de prisión) fuera tan inferior a la del art. 153 StGB (de tres meses a cinco años de prisión). Obviamente la ley parte de la base de que solo el propio testigo realiza el desvalor penal.

Por supuesto que esto solo explica por qué el falso testimonio y la embriaguez total deben ser considerados delitos de propia mano. La tarea de determinar que otros delitos son de propia mano resulta mucho más difícil.

D) Diferencia entre delitos especiales y delitos de propia mano

Si es cierto que tanto los delitos especiales como los delitos de propia mano solo pueden ser cometidos por un círculo de autores determinado, uno se puede preguntar dónde radica entonces la diferencia entre ambas categorías delictivas.

a) Delimitación

De forma abstracta se podría decir que las condiciones que constituyen la autoría en delitos especiales normalmente están vinculadas con datos extrapenales[14], que fundamentan el deber del autor de proteger un bien jurídico de manera especial. Este deber ya existe antes de la comisión del delito[15]. Para concluir, se puede constatar que el autor de un delito especial tiene un deber formal e institucionalizado que no es solo provisional. De este deber especial depende la realización del tipo, lo que es evidente en casos de delitos de titulares de cargo (así la aceptación de ventaja, art. 331 ap. 1., y la lesión corporal en el ejercicio del cargo según el art. 340 StGB). Otro ejemplo puede servir la "*Untreue*", el tipo complejo de administración desleal (art. 266 StGB) que requiere por parte del autor un deber de velar por esos intereses ajenos[16]. Así el tipo se dirige a un grupo formal, p. ej. los titulares de cargo, pero sí es cierto que el deber de cuidado es un deber general que va más allá de la conducta penalmente relevante concreta. Por eso quien tenga un deber de cuidado tiene una posición especial comparado con los demás y la deslealtad es considerado un delito especial[17].

---

[14] JOECKS, en *Münchner-Kommentar-StGB*, 2003, art. 25 nota marginal 43.

[15] FRISTER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6ta. Ed. 2013, 105 nota marginal 23.

[16] Cfr. KÜHL, en *Lackner/Kühl StGB*, art. 266 nota marginal 4.

[17] Así por ejemplo SALIGER, en *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB,* art. 266 nota marginal 1; *Fischer* art. 266 nota marginal 185; BGHSt 13, 330 (331).

Por el contrario, los delitos de propia mano no exigen una posición de deber especial previa al delito. Es suficiente que el autor en la situación concreta a través de su conducta provoque una relación especial con el bien jurídico protegido. Solo la caracterización de la conducta típica delimita el círculo de posibles autores[18]. La posición especial en caso de un delito de propia mano se basa en la conducta típica y depende de ésta. Debido a esto, la posición de deber no es permanente, sino que solo existe durante una parte de la conducta típica.

b) Relevancia de la delimitación

A primera vista puede parecer que esta distinción no tiene efectos prácticos, ya que tanto en los delitos especiales como en los de propia mano el círculo de autores está limitado desde un principio, con las consecuencias que trataré más adelante. Sin embargo, la distinción es muy importante para explicar por qué no cualquiera puede ser autor de un delito concreto. Para esta argumentación es útil y relevante diferenciar entre delitos especiales y delitos de propia mano. Además, es mucho más sencillo averiguar si un delito es un delito especial según los criterios anteriormente establecidos, así que resulta aconsejable plantear primero la pregunta, de si hay un delito especial.

Por supuesto ambas categorías, por lógica, no se excluyen mutuamente. Un delito especial a la vez puede ser uno de propia mano, si el tipo solo puede ser cometido desde un principio por un determinado grupo de personas que no depende de la conducta típica, pero además el tipo requiere que el miembro de este grupo mediante su conducta provoque su posición especial en cuanto al bien jurídico protegido.

Basándose en este punto de vista, algunos de los delitos que según la opinión dominante son clasificados como delitos de propia mano, con buenos argumentos también podrían considerarse delitos especiales:

El art. 170 StGB –la violación del deber de prestar alimentos– limita el círculo de autores a quien tenga el deber de pagar alimentos. Este deber no surge de una conducta recogida en el art. 170 StGB, sino que ya existe antes, es permanente y es un deber extrapenal, independiente de la situación concreta del delito. Por eso el art. 170 StGB es un delito especial.

Lo mismo se puede constatar acerca del deber de asistencia y educación según el art. 171 StGB. Éste es extrapenal e independiente de la situación concreta del delito. El deber de asistencia no es temporal/provisional y ya existe antes de la

[18] KUDLICH, en *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB*, art. 339 nota marginal 7.

conducta típica como relación especial con la persona protegida. Por lo tanto, se trata de un delito especial[19].

El delito de bigamía (art. 172 StGB) en parte es considerado como delito de propia mano[20]. Pero como el matrimonio (art. 1303 ss. BGB) lógicamente ha de ser contraido antes de la bigamía y está institucionalizado de forma permanente, la cualidad específica que delimita el círculo de posibles autores es independiente de una situación concreta del delito. Por eso es más convincente considerar la bigamía como delito especial[21].

Los delitos contra la autodeterminación sexual (art. 174, 174a y 174c StGB) requieren que al autor le haya sido encomendada la custodia de una persona. Esta relación suele ser de una duración notable y no depende del delito. Se puede comparar con el delito de la deslealtad, que –como hemos visto– debe ser clasificado como delito especial[22]. El tipo de la deslealtad requiere un deber de cuidado para con el patrimonio, mientras que los delitos contra la autodeterminación sexual exigen un deber de cuidado frente a una persona cuya custodia ha sido encomendada. Con lo cual, también los delitos contra la autodeterminación sexual que requieren que al autor le haya sido encomendada la víctima son delitos especiales[23].

La clasificación del prevaricato como delito especial según los criterios anteriormente establecidos resulta muy problemática. Como la posición de juez es permanente y no depende del delito, sino que en general es un cargo específico, el art. 339 StGB es por lo menos un delito especial[24]. Sin embargo también se trata de una situación concreta en la que decide el juez sobre un proceso determinado, con lo cual tiene una relación especial con el bien jurídico protegido. Por lo tanto se trata de un "delito especial de propia mano"[25].

---

19 Cfr. RITSCHER, en *Münchner-Kommentar-StGB* art. 171 nota marginal 21; KÜHL, en *Lackner/Kühl StGB,* art. 171 nota marginal 8.

20 RITSCHER, en *Münchner-Kommentar-StGB,* art. 172 nota marginal 5.

21 Igual en el resultado, FISCHER art. 172 nota marginal 8.

22 FISCHER, art. 266 nota marginal 185.

23 Cfr. EISELE, en *Schönke/Schröder,* art. 174 nota marginal 20; art. 174a nota marginal 13; FISCHER, art. 174c nota marginal 3.

24 Así también UEBELE, en *Münchner-Kommentar-StGB*, art. 339 nota marginal 67.

25 También los ya mencionados artículos 174, 174a y 174c StGB son frecuentemente considerados como delitos especiales de propia mano –entre otras cosas por la letra de la ley– (véase EISELE, en *Schönke/Schröder,* art. 174 nota marginal 20; RENZIKOWSKI, en *Münchner-Kommentar-StGB*, art. 174a nota marginal 32; art. 174c nota marginal 32).

4. Consecuencias de un delito de propia mano

A) Exclusión de la autoría mediata de aquél que actúa de propia mano

Los delitos de propia mano solo pueden ser cometidos por quien lleva a cabo la conducta típica de forma inmediata. De esto se deduce que es imposible la autoría mediata. El caso siguiente (el *caso 3*) muestra la relevancia de que un delito sea de propia mano.

Caso 3:

El vagabundo P busca un alojamiento. A le aconseja que podría dormir en su casa en la Gran Vía 27, su puerta está abierta. P se alegra y entra en la casa para pasar la noche. Sin embargo, la casa no pertenece a A, sino a su exnovia E. Con la visita no deseada A quiere vengarse de E por cortar con él. ¿Ha cometido A el delito de allanamiento de morada en autoría mediata?

Está claro que P no es autor inmediato del allanamiento de morada. Aunque haya penetrado ilegalmente en la casa de E, pensaba que tenía el consentimiento del propietario y actuó sin dolo debido a su error de tipo según el art. 16 StGB. A, quien provocó este error, tenía el dominio del hecho por su conocimiento superior de la circunstancias respecto a P, quien fue su instrumento no doloso. Si no se clasificase el tipo de allanamiento de morada como delito de propia mano, A podría ser hecho responsable como autor mediato del delito. En cambio, si se sigue la opinión diferente, según la que es un delito de propia mano, A no puede cometer el delito siendo autor. Por falta de un hecho antijurídico doloso de un autor A tampoco puede ser partícipe.

B) Exclusión de la coautoría de aquél que actúa de propia mano

En caso de delitos de propia mano no es posible tampoco una coautoría, como muestro nuestro *caso 4*.

Caso 4: Después de una noche en un bar A y B no están en condiciones de conducir debido a su consumo de alcohol. Al darse cuenta de que incluso tienen problemas para poder andar, deciden tomar el coche, confiando en que no pasará nada. A tiene que ser sujetado por B para llegar al coche. B coloca a A detrás del volante, le enciende el coche desde el asiento de acompañante y le da instrucciones para conducir. Pero pocos metros después colisionan con un coche aparcado causando un importante daño material. ¿Pueden A y B ser castigados en virtud del art. 315c StGB?

En este caso, A, quien no estaba en condiciones para conducir el coche con seguridad, ha cometido el delito de "puesta en peligro del tráfico rodado" (del art. 315c StGB). B sin embargo solo era su acompañante, el mismo no manejaba el coche y por lo tanto no era el conductor. El simple hecho de encender el motor no es suficiente para poder ser considerado conductor[26].

Si el delito de "puesta en peligro del tráfico rodado" (según art. 315c StGB) es un delito de propia mano, como lo entiende la opinión dominante en Alemania hasta ahora, a pesar de la colaboración entre A y B no es posible la comisión en coautoría (según el art. 25 ap. 2 StGB). B solo puede ser castigado por complicidad.

C) Exclusión de la actio libera in causa

Otra consecuencia importante de clasificar un delito como "de propio mano" es la exclusión de la actio libera in causa como lo muestra el *caso 5*:

Caso 5: B es el hermano mayor de S, que todavía es menor de edad. Pero ella – a diferencia de B – desconoce este vínculo familiar, porque de bebé fue adoptada y nunca llegó a tener contacto con sus padres biológicos. B siguió la vida de su hermana a lo largo de los años y se siente atraído sexualmente por ella. El día que durante una fiesta nota, que también S se fija en él, toma la decisión de acostarse con ella. Para atreverse se bebe grandes cantidades de alcohol. En estado de inculpabilidad por su embriaguez finalmente se atreve y ambos tienen relaciones sexuales. ¿B puede ser castigado según art. 173 StGB (incesto)?

La punibilidad de B se puede excluir por la inculpabilidad (art. 20 StGB) en el momento de la comisión del delito, que es la relación sexual. Pero se podría llegar a otro resultado a través de la figura controvertida de la actio libera in causa[27] en sucesos como el presente de varios actos, en los que el autor en una primera fase causa de forma intencionada o imprudente su estado de inculpabilidad para en una segunda fase cometer el delito, aquí la relación sexual, precisamente en este estado de inculpabilidad. Para fundamentar la punibilidad, el "modelo de tipicidad" (*Tatbestandsmodell*) se basa en la primera conducta, que fue realizada en estado de culpabilidad del autor y se considera el comienzo de la segunda conducta. En el *caso 5* eso significa, que B ha cometido el delito del incesto ya en el momento en el que se embriagó. Pero suena muy extraño que el beber alcohol integre a la vez una relación sexual. Según la teoría del tipo, la *actio libera en causa* no se aplica a delitos de propia mano porque están vinculados a una conducta determinada. La jurisprudencia lo ha afirmado en cuanto a las infracciones de tránsito (art. 315c, 21

[26] FISCHER, art. 315c nota marginal 3b.

[27] Sobre el tema WESSELS/BEULKE/SATZGER, nota marginal 415; SATZGER, en *JURA* 2006, 513.

StVG)[28]. Sobre todo si se justifica el "modelo de tipicidad" con una analogía a la autoría mediata, esta limitación parece lógica. Si resulta que el autor se utiliza a sí mismo como instrumento no culpable, la figura de la autoría mediata no puede ser aplicada en los delitos de propia mano. La calidad de autor, o sea la característica del autor con base en su conducta, no se produce solo porque el autor se embriague, sino porque mantiene una relación sexual. Solo el "modelo de la excepción" (*Ausnahmemodell*), que aduce el derecho consuetudinario como fundamento para que en estos casos no se aplique el art. 20 StGB, y el autor por lo tanto pueda carecer de culpabilidad en el momento de la conducta típica, llegaría a la conclusión de que el autor ha cometido el delito del incesto en nuestro *caso 5*. Sin embargo, el modelo de excepción se basa en el derecho consuetudinario para *fundamentar* la punibilidad de una conducta y por eso infringe el principio de legalidad garantizada por la constitución alemana. Por lo tanto, B no será castigado en el *caso 5* por incesto, pero ha cometido el delito de embriaguez total. En este contexto la relación sexual entre hermanos solo constituye una "condición objetiva de punibilidad".

D) Exclusión de la autoría por omisión

Por último, si se trata de un delito de propia mano la construcción de un delito por omisión impropia, por regla general, es impensable. Además –como exige el art. 13 ap. 1 StGB– la omisión debe corresponder a la realización de un tipo mediante una acción. Por la relevancia del desvalor que surge de la acción personal del autor, los delitos de propia mano no pueden ser cometidos por omisión.

5. Determinar los delitos de propia mano

Entonces, ¿cuales son los criterios para determinarr si un delito es "de propia mano"? Algunos autores consideran esta categoría como un producto dogmático de casualidad, que carece de fundamento para la asignación a esta categoría. Esto no resulta satisfactorio. Si uno sigue los intentos de fundamentación, encontrará básicamente los siguientes, que sin embargo no se excluyen mutuamente sino que pueden servir como fundamento a la vez.

A) Teoría del tenor literal

La teoría del tenor literal[29], que también ha sido mencionada por la jurisprudencia[30], se basa en el tenor literal de la norma, si ésta permite la

[28] BGHSt 42, 235, p. 239 s.

[29] SCHÜNEMANN, en *Leibniz Kommentar*, art. 25 nota marginal 46; ROXIN, *Allgemeiner Teil II*, art. 25 nota marginal 289 s.; LANGROCK, *Das eigenhändige Delikt*, 2001, p. 37 ss.

imputación autoral al hombre de atrás o a otras personas externas, o si el texto solo da lugar a una comisión inmediata. *Beling* dudó con respecto al antiguo tipo penal de la violación si aquel que hubiera inducido a la violación se presumiría de "haber disfrutado de la persona abusada." [31]

Así solo realiza el tipo de "embriaguez total" (art. 323a StGB) aquel que *se* embriague. Este término reflexivo ("se") limita el círculo de posibles autores a los autores inmediatos que se embriagan a sí mismos. El problema de esta teoría sin embargo es que no se puede deducir una determinación general de los delitos de propia mano, sino que depende de la interpretación de cada uno de los delitos de la parte especial[32]. El tenor literal de los delitos de la parte especial está hecho a medida del autor inmediato. Solo el art. 25 StGB quebranta este punto de vista[33]. Debido a esto, *Schünemann*[34] destaca que una interpretación orientada solo por el tenor literal no puede producir un concepto dogmático útil, porque el uso de términos y de la sintaxis de los tipos penales no deja entrever una razón político-criminal plausible[35]. Este argumento conlleva por una parte el peligro de menospreciar el sentido literal de la palabra, lo que supondría un conflicto con el principio de taxatividad (art. 103 ap. 2 constitución alemana). Si el tenor literal limita de manera clara la calidad de autor, este límite no puede ser pasado por alto. Sin embargo es cierto que de la formulación de un tipo penal no se puede deducir una decisión consciente del legislador o una limitación a la comisión de propia mano.

Antiguamente sobre todo se discutía si eran delitos de propia mano aquellos que según su tenor literal exigían una realización del acto sexual. El legislador alemán acabó con esta controversia reformando los tipos de la violación y del acoso sexual, cuyo tenor literal establece claramente que es suficiente que el autor coaccione el acto sexual o que la víctima practique en un tercero acciones sexuales o que las tolere sobre sí[36].

---

[30] Véase solo BGHSt 6, 226 (227). La Cámara (KG) (en *NJW* 1977, 817 ss.) considera que puede extraer „de la letra de la ley y del uso del lenguaje", que el art. 179 II StGB es un delito de propia mano.

[31] BELING, *Die drei Grundformen des verbrecherischen Subjekts*, 1915, p. 268 s., nota 17.

[32] HERZBERG, en *ZStW* 82 (1970), p. 896 ss., p. 914.

[33] ROXIN, *Allgemeiner Teil II*, art. 25 nota marginal 289.

[34] SCHÜNEMANN, en *Leibniz Kommentar*, art. 25 nota marginal 47.

[35] Más detalles en ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8°. Ed. 2006, p. 403 ss.

[36] Reconocido por el BGH, en *NJW* 1977, p. 1829.

B) Teoría del movimiento corporal

Otro intento de restricción consiste en solo calificar como delitos de propia mano aquellos que son delitos de mera actividad, es decir delitos que aparte de una conducta no requieren un resultado típico[37]. Por ejemplo, el allanamiento de morada (art. 123 StGB), la usurpación de funciones públicas (art. 132 StGB), el perjurio (art. 154 StGB), diferentes delitos sexuales (art. 173, 174, 176 StGB) y la conducción en estado de embriaguez (art. 316 StGB). Si uno comparte la opinión de que delitos de mera actividad solo penalizan un determinado movimiento corporal porque socialmente no son deseables, independiente de un resultado o un efecto de estas acciones, la asignación a la categoría de delitos de propia mano parece obvia. Solo infringe una norma penal, aquél que realiza la conducta prohibida de forma corporal. Solo a él se dirige por lo tanto el juicio de desvalor del autor.

Como ejemplo: El allanamiento de morada (art. 123 StGB) es un delito de mera actividad porque solo es punible quien penetre en una vivienda. Solo con esta conducta el delito está consumado. Si según esta opinión solo el penetrar es la causa de la punibilidad, solo puede ser castigado quien penetre, pero el hombre de atrás no puede ser autor del delito.

Sin embargo esto no puede convencer, como demuestra nuestro último ejemplo. Es cierto que el art. 123 StGB no penaliza la producción de un resultado típico, como sí lo hace por ejemplo el homicidio (art. 212 StGB) acerca del causar la muerte de otro. Pero, por supuesto, por los delitos de mera actividad no se castiga la conducta del autor sin un "objetivo superior". Normas penales legítimas se basan en la protección de un bien jurídico, también delitos de mera actividad cobran sentido por la protección de un bien jurídico y por impedir que éste se lesione.

Con castigar el ingreso se protege el derecho a que se respete la propia vivienda, así que también aquél que sea responsable de que un inculpable o una persona en error de tipo penetre en una vivienda produce la lesión del derecho a que se respete la propia vivienda, lo que es abarcado por el fin de protección del art. 123 StGB. Solo en el caso en que detrás de un delito de mera actividad no haya un bien jurídico, los argumentos de la teoría de movimiento corporal parecen convincentes. Sin embargo, tal tipo penal sería preocupante y jurídico-políticamente inadecuado.

En este contexto solo se menciona el art. 173 II StGB, que penaliza el incesto entre hermanos. No solo la importancia jurídico-política, sino también la

[37] Así por ejemplo OGHSt 1, 303 (304); fundamental BELING, *Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 203 s., 225 s., 324 s.; ENGELSING, *Eigenhändige Delikte*, 1926. Resumiendo los delitos de resultado y de actividad, RÖNNAU, en *JuS* 2010, p. 961.

legitimidad constitucional de la penalización del incesto entre hermanos es criticada a menudo por falta de un bien jurídico protegido. En cambio el Tribunal Federal Constitucional declaró la constitucionalidad de este tipo penal en una sentencia del 28 de febrero de 2008. Esta sentencia, que –en su resultado es lamentable porque conserva un tipo penal jurídica y políticamente inadecuado– se basa en una fuerte afirmación de la separación de poderes… Según el Tribunal Federal Constitucional –aparte de un control de la conformidad a los principios constitucionales– el legislador penal no está limitado por requerimientos más estrictos en cuanto a los fines pretendidos mediante la norma. Sobre todo, estos no pueden ser derivados de la doctrina del bien jurídico penal. Lo que no puede satisfacer es el hecho de que el Tribunal Federal Constitucional constate que el tipo es proporcionado a pesar de que su fin de protección está poco claro. Tampoco puede convencer el argumento de que pocos sujetos se ven afectados por el tipo y que la amenaza de la pena es leve[38].

C) Teoría de los delitos de deber en persona

Roxin añadió a los aspectos ya mencionados, como único grupo importante de delitos de propia mano, la categoría de los delitos de deber personales. Se refiere a delitos acerca de los que el autor debido a la estructura del tipo se halla en una posición en la que ejerce un dominio sobre el destino de un bien jurídico casi como un monopolio, de modo que le corresponde una posición clave para el bien jurídico, cuyo ejercicio no puede ser delegado a un tercero. Por eso solo el autor puede abusar de este dominio y cometer el delito como autor[39].

Como ejemplo pueden servir la declaración falsa (art. 153 ss. StGB), el prevaricato (art. 339 StGB) y la deserción (art. 16 código penal militar).

Al fin y al cabo, *Roxin* no considera los delitos de propia mano como categoría independiente, sino como subgrupo de los delitos de deber en persona (*Pflichtdelikte*). La posición central del autor de los delitos de propia mano se puede comparar así con la posición de garante del autor de un delito de omisión impropia (v. art. 13 StGB).

[38] Correcto es el voto disidente del ex-Vicepresidente del Tribunal Constitucional Alemán, HASSEMER: “Finalmente no se debería justificar la superposición de un tipo penal con la prohibición de exceso mediante el argumento de que esta prohibición solo afecta ‘un ámbito estrecho de la conducción de vida personal’ y que solo unos pocos, ‘si acaso, se verían afectados por la prohibición en una forma restrictiva perceptible’. Tales argumentos pueden sonar cínicos en el Derecho Penal, que desde siempre se orienta en forma especial hacia la personas: Quien se ve afectado por la prohibición del incesto, se ve tocado en un ámbito central de su conducción de vida, y esta intromisión puede afectarlo profunda y prolongadamente.” (nota marginal 18).

[39] ROXIN, *Allgemeiner Teil II*, art. 25 nota marginal 303; véase también SCHÜNEMANN, en *Leibniz Kommentar*, art. 25 nota marginal 51.

6. Opinión final

De las consideraciones mencionadas se puede deducir que para calificar un tipo como delito de propia mano se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

A) Averiguar si puede clasificarse como delito especial

Primero, hace falta averiguar si el delito relevante es un delito especial. Como ha quedado demostrado antes, si un delito es un delito especial ya no importa si es de propia mano. Aunque en teoría un delito especial a la vez puede ser un delito de propia mano, las consecuencias son las mismas.

B) Tenor literal

Segundo, acerca de los delitos que no se consideren delitos especiales cabe clasificar aquellos como delitos de propia mano cuyo tenor literal requiere de manera manifiesta la autoría inmediata. Esto es consecuencia obligatoria del principio de legalidad, por ejemplo art. 323a StGB ("quien *se* embriague").

C) Delitos de actividad sin referencia al bien jurídico

Tercero, en la medida en la que el ordenamiento penal alemán contiene delitos que castigan el desvalor de una mera conducta sin referencia a un bien jurídico, estos delitos deben clasificarse como delitos de propia mano. Esto sin embargo solo se puede entender como descripción de un estado, porque estos tipos penales no deberían formar parte de un ordenamiento penal de un Estado de Derecho moderno. Es positivo que el número de estos delitos esté disminuyendo y hoy en día sea muy bajo. Por ejemplo el delito de homosexualidad fue derogado hace muchos años. El todavía vigente delito de incesto es –independientemente de la sentencia del tribunal federal constitucional– al menos desde el punto de vista jurídico-político, inadecuado.

D) Delitos de propia mano a causa de una posición central indelegable debido a la situación concreta

Por último, para los delitos restantes que se consideran de propia mano la teoría de los delitos de infracción de deber en persona puede aportar criterios importantes. En mi opinión no es tan importante la cuestión de si se deben reconocer los delitos de infracción de deberes en persona que determina la autoría no basada en el dominio de hecho y sí en la posición de deber especial del autor, con lo cual se niega una categoría propia de los delitos de propia mano. El aspecto determinante para que un delito sea de propia mano es la posición central indelegable impuesta por la estructura del tipo. Solo si el tipo atribuye a determinadas personas la

competencia relacionada con el bien jurídico, con el estado o con la situación concreta, y esta competencia es indelegable acerca de la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico, un tipo penal excepcionalmente puede divergir del art. 25 StGB y es un delito de propia mano. Solo en este caso la posición de la persona debido a la situación caracteriza el desvalor de quien realice la conducta típica de forma inmediata, de tal manera que un tercero que no se encuentre en esta situación no puede realizar este desvalor.

E) Constatación o no de delitos de propia mano entre tipos penales importantes

Quiero terminar mi charla, preguntándome por el caracter de unos tipos importantes, empleando los criterios antes elaborados:

Los delitos de falso testimonio (art. 153 ss. StGB) se consideran con razón delitos de propia mano. Solo aquel que esté en la situación de tener que declarar tiene el deber de decir la verdad. Como ya demuestra la instrucción a los testigos y peritos, que se dirigen únicamente a ellos y a nadie más, esté es el personaje central (*Zentralgestalt*) con el deber indelegable de un testimonio verdadero.

Mayoritariamente también los *delitos de tránsito* (art. 315a, 316 y 315c StGB) se clasifican como delitos como propia mano. Detrás de estas normas está un bien jurídico público: La seguridad del tráfico marítimo, aéreo, ferroviario y rodado. Si se parte de la base de que, al igual que en el caso del falso testimonio, solo el conductor de un vehículo es el destinatario de las reglas de tránsito, se puede llegar a la conclusión de que el conductor es el personaje central para la seguridad del tránsito en la situación concreta y una delegación de esta responsabilidad queda excluida. Sin embargo, esta clasificación parece dudosa, ya que no está nada claro que al acompañante o a terceros no les corresponda ningún tipo de competencia para la seguridad del tránsito. Todo lo contrario: La norma básica del ordenamiento de tránsito rodado establece que quien participe en el tránsito rodado debe comportarse de tal forma que no cause daño a otro, no lo ponga en peligro y que no lo moleste o estorbe más de lo que sería evitable en la situación concreta. Si se tiene en cuenta que el participante en el sentido de esta norma no ha de ser el conductor, sino que puede ser cualquiera que influya en la circulación del tránsito[40], queda evidenciado que la posición central del conductor no es tan absoluta como a veces se asume. Por eso, en mi opinión no es obligatorio la clasificación de los delitos de tránsito como delitos de propia mano[41].

---

[40] Sobre el concepto (amplio) del participante en el tránsito véase solo XANKE, *Praxiskommentar Straßenverkehrsrecht*, 2009, art. 1 StVO, nota marginal 18.

[41] Así también ZIMMERMANN, en *JuS* 2010, 22 (p. 25).

Como ejemplo acertado para un delito de propia mano puede servir el delito – una especialidad alemana – de *fuga en caso de accidente* (art. 142 StGB). Es corrrecto que no se trata de un delito especial, porque la cualidad de ser partícipe de un accidente depende únicamente de la situación concreta[42]. Los deberes que surgen del accidente sin embargo se refieren solo a quien esté en el lugar del accidente porque el fin de la norma es proteger el interés privado de los partícipes, constatar el resto de los intervinientes y asegurar las pruebas[43]. Por esto, el deber de esperar y facilitar identificaciones es indelegable.

Cómo ya he advertido, el *allanamiento de morada* (art. 123 StGB) no puede ser considerado un delito de propia mano. El bien jurídico protegido, el derecho doméstico, no puede ser entendido de tal forma que solo el que penetre en persona en una vivienda pueda dañar el bien jurídico. Es inexplicable por qué debería ser indelegable el deber de respetar el derecho doméstico[44].

Del delito moderno del *acoso* ("*Stalking*", art. 238 StGB), introducido en el Código penal alemán en 2007, solo es delito de propia mano el tipo del núm. 1, en las demás variantes cualquiera puede ser autor[45]. La causa de esta diferencia es que el resultado típico del art. 238 StGB, el perjuicio grave al desarrollo vital de la víctima[46], tiene que producirse según el núm. 1 mediante un seguimiento sin autorización y persistente por parte del autor, que trata de acercarse a la víctima. Ya del tenor literal se puede deducir que solo el autor mismo puede acercarse a la víctima. La confrontación reiterada de la víctima con la persona del autor es la causa del resultado típico. El tipo abarca situaciones en las que precisamente la persona del autor puede perjudicar gravemente el desarollo vital de la víctima respecto de sus acciones y decisiones, mediante el intento de entrar en contacto con ella. También aquí por lo tanto podría constatarse un deber especial central del autor acerca del bien jurídico protegido debido a la situación en la que se encuentra el autor. Esto es diferente respecto al art. 238 núm. 2 a 5 StGB. En estos casos no importa quien haya perjudicado el desarrollo vital de la víctima en la situación concreta. No existe diferencia entre que el autor intente llamar a la víctima por teléfono reiteradamente para presionarla o que utilice a otra persona como instrumento. Por eso es posible la autoría mediata.

---

[42] De otra opinión ERNEMANN en *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB,* art. 142 nota marginal 2.

[43] Véase BGHSt 24, 382, p. 385; ERNEMANN en *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB,* art. 142 nota marginal 2.

[44] Así también FAHL en *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB*, art. 123 notas marginales 1 y 12; KÜHL, en *Lackner/Kühl StGB*, art. 123 nota marginal 12.

[45] Así también EISELE, en *Schönke/Schröder,* art. 238 nota marginal 10; GAZEAS, en *JR* 2007, 499; MITSCH, en *Jura* 2007, 404; FISCHER, art. 238 nota marginal 33.

[46] Se trata de un delito de resultado, cfr. EISELE, en *Schönke/Schröder,* art. 238 nota marginal 4; KÜHL, en *Lackner/Kühl StGB*, art. 238 nota marginal 1.

IX. Criminalidad económica*

Klaus Volk

1. Concepto

Aproximadamente desde 1970 se dice en Alemania que la criminalidad económica debe combatirse enérgicamente. La justicia también lo hace, se considera exitosa, y la gente está conforme con que ya no se cuelgue a los pequeños y se deje ir a los grandes. Sin embargo, nadie puede definir en forma sensata el concepto de la criminalidad económica. Puede ser criminalidad desde las empresas, que dañe a la misma empresa (por ejemplo administración fraudulenta) o que dañe a otros, sea a individuos (por ejemplo responsabilidad por el producto) o a otras empresas (por ejemplo violaciones a la legislación antimonopolio). Pueden ser también ataques desde afuera hacia la empresa misma. En el derecho penal individual o bien se es autor o se es víctima. En el derecho penal económico una empresa puede ser ambos a la vez. Cuando por ejemplo un empleado pagó sobornos, la empresa se ve perjudicada (administración fraudulenta) y a la vez es autora de corrupción activa.

Con esto solo se pretenden señalar las direcciones desde las cuales pueden venir ataques, y las posibles víctimas. En Alemania una empresa no puede ser autora, porque la responsabilidad penal de las empresas no existe, a diferencia de la mayoría de los Estados europeos y del ámbito jurídico anglosajón. Es como en

* Traducción del alemán de María Laura Böhm.

Asterix y Obelix, solo que a la inversa: la pequeña provincia gala se ha defendido frente a los romanos, y la provincia europea Alemania se defiende desesperadamente contra el derecho penal de las empresas bajo la invocación del derecho romano: "*societas delinquere non potest*". Esto debe reflexionarse en relación con todo lo que acarrea como consecuencia, y eso provoca problemas. Nuestra dogmática clásica fue desarrollada para autores individuales que agreden a otro individuo. Es una dogmática para delitos que deben ser tratados frente a los jurados: asesinato y homicidio, robo y extorsión, etc. Esta dogmática no se deja trasladar fácilmente a la criminalidad económica (sobre esto volveré luego).

Sin embargo, los delitos económicos no se dirigen únicamente contra individuos o contra empresas. A menudo ponen en peligro instituciones y funciones de la vida económica, en última instancia, a veces, al Estado.

¿Pero cuál es la quintaesencia de todo esto? Por motivos incomprensibles, los alemanes buscan siempre la "esencia" de un asunto. Algunos ven la esencia de la criminalidad económica en la violación de la confianza, otros en el abuso de poder etc. Eso no ayuda mucho, porque es muy general. Ni siquiera tenemos a disposición un concepto de criminalidad económica, ni una definición. Oficialmente sólo hay una enumeración, que se encuentra en el §74c de la Ley Orgánica del Poder Judicial, una regulación en la que se estipula la competencia de cámaras especiales (Cámara Penal Económica) en el Tribunal Estadual en primera instancia. Allí se mencionan algunas materias, como por ejemplo el derecho autoral y de patentes. Sobre las regulaciones centrales relativas a estafa y administración fraudulenta se dice que los casos corresponden a la competencia de la Cámara Penal Económica "siempre que para su juzgamiento se requieran conocimientos especiales de la vida económica". En primer lugar, nadie sabe lo que es esto, y en segundo lugar estos conocimientos no los tiene todo aquel que tiene su puesto en la Cámara Penal Económica (como por ejemplo los dos jueces legos, de los cuales se puede apostar que solo podrían leer algunos balances). La cuestión es por lo tanto absolutamente nebulosa, y sin embargo funciona bastante bien. Si bien no se sabe lo que es la criminalidad económica, se la combate enérgica y exitosamente.

2. Materias

Cuando no existe definición, el acercamiento a la cuestión debe ser tipológica. Hay materias que son típicamente clasificables como de Derecho Penal Económico. En el Código Penal alemán son las formas específicas de estafa (§ 265b), los delitos de insolvencia (§§ 283 ss.), los acuerdos prohibidos en las licitaciones (§ 298), los delitos de cohecho (§§ 298, 331 ss.). Del Código Penal alemán debe mencionarse

especialmente la administración fraudulenta (§ 266) [NdeT 1]. Si bien este tipo penal no está recortado a la medida del Derecho Penal Económico, es utilizado por la Fiscalía como caballito de batalla para todo. Para esto la figura se adecua perfectamente, porque sus contornos son difusos. La amenaza de la administración fraudulenta navega por el mar de la vida económica como una ballena. No hubo escándalo grande en los últimos años, en el cual no se investigara por administración fraudulenta (Mannesmann, Siemens, MAN, todos los casos de bancos).

Leyes especiales de importancia se encuentran en el derecho cambiario, de la competencia, de la alimentación y los medicamentos, del trabajo y del comercio exterior. Aquí no puedo extenderse sobre lo que regulan estas leyes. Más interesante resulta preguntarse por su estructura.

3. La estructura de los delitos

En el derecho penal clásico mayoritariamente son protegidos intereses individuales, bienes jurídicos por lo tanto, como la integridad física y la vida, la libertad y el honor, la propiedad y el patrimonio. Por eso se encuentran allí mayormente delitos de lesión, en los que se pregunta si mediante una acción causal tuvo lugar un resultado. El derecho penal económico, por el contrario, está caracterizado por los delitos de peligro. Tomemos el ejemplo de la diferencia entre estafa y estafa de subvenciones: al tipo objetivo de la estafa pertenecen la acción del engaño del autor y por parte de la víctima su error, que por ese medio provoca la disposición patrimonial y los daños ocasionados con ella. En la estafa de subvención de todo esto solo queda la acción de engaño (datos falsos). A un error no se llega. La subvención ni siquiera tiene que haber sido concedida, y del daño ya directamente ni se puede hablar.

Un delito de lesión se convirtió en un delito de peligro abstracto. El patrimonio del dador de subvención ha sido desplazado a un segundo plano de manera tal que la mayoría ya no lo reconoce como el bien jurídico protegido. Ahora se trata más bien de "la institución de la subvención en su función como instrumento de la dirección económica". Muchos delitos en el derecho penal económico moderno protegen de esta manera la función y las instituciones (como por ejemplo la función de la bolsa como institución del mercado de capitales). Esto tiene consecuencias severas para la Parte General del derecho penal y para el proceso penal (sobre esto volveré luego).

[NdeT 1] El § 266 del Código Penal alemán (StGB) corresponde a "Untreue", tipo penal que también ha sido traducido frecuentemente al español como "administración desleal", "abuso de confianza" o "infidelidad".

4. Documentación y control

De esta manera las víctimas concretas han desaparecido de la dogmática del derecho penal económico. Esto significa que deben adoptarse importantes cambios en el sistema de la investigación penal. En el derecho penal clásico uno puede confiar en que la víctima presentará una denuncia y pondrá en movimiento la investigación penal. En el derecho penal económico esto no funciona. En lugar de ello deben erigirse oficinas que controlen la vida económica. Hay muchas de tales oficinas de monitoreo (como por ejemplo la *Oficina de Vigilancia Federal para la Supervisión del Servicio Financiero*, que controla principalmente el comercio de papeles de valores). Este control solo tiene sentido si se tiene acceso a los documentos y las informaciones. Por eso en el derecho administrativo económico hay numerosas regulaciones que obligan a registrar procesos comerciales, a documentar todo, a informar ciertos procesos a las autoridades etc.

Para el delito clásico de la administración fraudulenta esto vale también, por otros motivos. Decisiones empresariales son decisiones riesgosas tomadas bajo cierta incerteza. Una decisión riesgosa es penalmente irrelevante cuando todos los riesgos han sido estudiados y cuando fueron cuidadosamente ponderados en contra de su concreción. Pero esto debe dejarse por escrito si luego se quiere poder rechazar el reproche de solo haber "jugado" como un tahúr. Para que una decisión no sea atacable debe haberse documentado el camino hasta esa decisión.

Esta obligación de documentaciones y registros, visto desde una perspectiva procesal, significa lisa y llanamente que deben haberse reunido pruebas contra uno mismo. Tal vez la Fiscalía evalúe los procesos como problemáticos. Quien se comporta conforme a derecho, al escribir todo en buena fe, está llevando el diario a la Fiscalía.

5. La Parte General del derecho penal

La Parte General es la disciplina por excelencia de la ciencia jurídico penal alemana. Para el derecho penal económico, sin embargo, juega un rol marginal. Repasemos los niveles de la estructura del delito, o sea la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad.

Sobre el concepto *acción*, en principio, no hay particularidades. Incluso en la diferenciación entre acción y omisión no hay nada nuevo. En gran parte esto tampoco es importante, porque el legislador en muchas figuras penales equipara acción y omisión al amenazar con sanción penal también a quien ha omitido dar datos (por ejemplo en la estafa de subvención, en la estafa de crédito, en la estafa de inversiones) o a quien ha omitido actuar de cualquier otra manera. La administración fraudulenta – como ya se mencionó, tipo penal tan usualmente

utilizado – es de todas formas un delito especial. Quien tiene una obligación de custodia respecto del patrimonio de otro, puede incumplirla por acción u omisión.

La tendencia a equiparar ambas formas de comportamiento se muestra en forma especialmente clara en la teoría de las *posiciones de garante*. Aquí el derecho penal económico ha lanzado nuevas preguntas y ha actualizado viejos problemas. La cuestión, por ejemplo, de quién tiene una obligación de impedir hechos ajenos, no se plantea en el derecho penal nuclear muy seguido y en ese ámbito ya está más o menos agotada la discusión. En el derecho penal económico, en cambio, se está haciendo virulenta. ¿El dueño del negocio debe impedir delitos cometidos desde la propia empresa? ¿El Consejo de supervisión tiene la obligación de intervenir contra delitos de la Junta Directiva? La Corte Suprema Federal alemana ha decidido recientemente que el *Compliance-Officer* de una empresa es garante de que las reglas sean cumplidas.

En tanto haya delitos de resultado en el derecho penal económico, naturalmente la causalidad deberá ser probada. La Corte Suprema Federal alemana ha tenido dos decisiones guía sobre la responsabilidad por el producto (aerosol de cueros y productos de protección de la madera), en las cuales ha modificado y reducido estas exigencias. La Corte ha sostenido que sus modificaciones solo atañen a la prueba de la causalidad. En verdad, sin embargo, ha modificado el concepto. En lugar de una condición legal, o sea la vinculación de comportamiento y resultado mediante una ley natural, es suficiente ahora una plausible, estadísticamente probable conexión.

Las *causas de justificación* del derecho penal general, se dice que valen también en el derecho penal económico. Esto es correcto, salvo por el hecho de que casi no tienen importancia. En un caso de cohecho no puede alegarse legítima defensa (“si no otros hubieran recibido el encargo”) y para un delito de insolvencia no puede alegarse estado de necesidad (“yo tenía que salvar los puestos de trabajo”). De relevancia práctica es solo la aquiescencia, pero también aquí queda mucho por esclarecer. Si todos los socios de una SRL aprueban las medidas del Director General, no puede ser administración fraudulenta. ¿Cómo es esto en una Sociedad Anónima? ¿La Junta Directiva necesita de la aprobación de los accionistas, y están ellos – de acuerdo a la Ley de las Sociedades An¿onimas – en condiciones de disponer?

A nivel de la *culpabilidad* no hay nada en el derecho penal económico que pueda alegarse como disculpa cuando se está acusado.

Cito de un alegato ficticio de un conocido Defensor: “Alto Tribunal! El lastimoso acusado se encontraba en una situación sin salida cuando cometió el hecho. Los fondos se habían agotado y ya no había esperanza de obtener dinero por las vías

legales. Cuando se decidió a cometer el hecho pensó en todas las personas por las que tenía que velar y que dependían de él. A esto se suma que los primeros años de su vida estuvieron marcados por carencias. Creció sin amor, él mismo tuvo que pelearse su futuro. Cuando alguna vez tenía éxito, nadie se alegraba con él, y cuando cometía errores, todos se reían y lo despreciaban. Se ha ganado, Alto Tribunal, consideración y clemencia."

Quien expone esto, si defiende al ladrón de bancos, puede tener la esperanza de que su mandante sea sancionado en forma más leve. Si defiende en cambio a un Director General de un banco, la reaccion más suave podría ser a lo sumo un meneo de cabeza.

En los casos de asesinato y homicidio, los delitos capitales, es rutina que un especialista revise al sospechoso respecto de su culpabilidad. Si en un proceso en que se trata de capitales, se intentase solicitar a un especialista que investigue el estado psíquico del responsable que ha "matado" a una empresa, se correría el riesgo de ser considerado uno mismo como enfermo mental.

La culpabilidad es de hecho un gran problema –pero solo en el derecho penal que no existe en Alemania, el derecho penal contra las empresas.

Diferencias cruciales entre derecho penal económico y derecho penal general hay en *la autoría y la participación*.

El sistema alemán es muy complicado. Nosotros diferenciamos en la autoría entre autoría –de una persona sola– (*Alleintäterschaft*), coautoría (*Mittäterschaft*), autoría mediata (*Mittelbare Täterschaft*) y autoría accesoria (*Nebentäterschaft*). Además hay formas de la participación (en sentido amplio): inducción y participación (en sentido estricto). El inductor es sancionado como el autor. Solo el partícipe (en sentido estricto) recibe una atenuación. Bajo el aspecto de la graduación de la pena, por lo tanto, solo es relevante si el imputado es una figura secundaria y solo ha cometido participación. Eso y solo eso es la cuestión decisiva en el derecho penal económico. Sin embargo, por la estructura del delito, muchas veces no se plantea esta pregunta. Quien tiene una obligación de custodia de patrimonio y la lesiona provocando daño, siempre es autor y no puede aducir que solo participó en forma secundaria. Otros delitos equiparan autoría y participación (como por ejemplo el lavado de dinero). En el derecho penal económico hay tendencias a la autoría unitaria, contra la cual, dicho sea de paso, casi todos los penalistas se han pronunciado. Los hechos hablan otro idioma. No se puede pasar por alto que en el derecho de las contravenciones, que juega un rol eminente en el derecho económico, tenemos autoría unitaria, y no sólo fácticamente, sino que prescripta en la ley (§ 14 Ley de sanciones administrativas – OWiG).

6. Criminalidad económica en el proceso penal

A) Organizacional

En Alemania los Estados tienen la competencia para la organización de la Justicia. Todos han erigido Fiscalías especializadas para la persecución de la criminalidad económica. Allí no solo trabajan fiscales, sino que también consultores económicos, que se han formado como especialistas en impuestos, en supervisión económica, etc.

Las Cámaras Penales Económicas en los Tribuales Estaduales ya las mencionamos. Deben dedicarse únicamente a cuestiones del derecho penal económico y de esta manera desarrollan un conocimiento específico.

B) Derecho Procesal y Derecho material

No se puede hablar sensatamente sobre un concepto político-criminal sin pensar cómo se ve su realización en el proceso penal. El derecho penal es el único ámbito jurídico en el cual siempre debe llevarse adelante un proceso. Luego de largos períodos de separación entre el derecho material y el procesal, y de subestimar al derecho procesal –al cual se le adscribía únicamente una función accesoria– hoy se sabe que hay mucha retroalimentación entre ambas áreas. Solo un ejemplo: El motivo por el cual en la figura de la estafa de subvención se ha prescindido de muchos elementos de la estafa es, simplemente, que a tales elementos se los consideraba difícil de probar.

Ahora bien, ¿cuáles son las particularidades del derecho penal económico en el ámbito procesal?

C) Situación probatoria y derecho a guardar silencio

Lo primero es la situación probatoria. La mayoría se desprende de documentos que fueron hallados mediante un allanamiento y luego incautados. El imputado naturalmente tiene, como siempre, derecho a guardar silencio y, además, no debe influir de ninguna manera. Sin embargo, no tiene sentido permanecer pasivo. De hecho, solo el imputado puede desvirtuar la sospecha que se desprende de los documentos. El derecho a guardar silencio, por lo tanto, se ve desvalorado.

*D) Cantidad de material e "*internal investigations*"*

Otra particularidad es el volumen del material. Ya en la primera acción de allanamiento se secuestra material en una cantidad que sería impensable en un procedimiento penal "normal". A esto se suma que todos los *server* se copian y los

computadores personales se secuestran. Ya solo la comunicación por correo electrónico que las fiscalías quieren valorar, llena un disco rígido grande. Se maneja en definitiva una cantidad de datos en el rango de tamaño de los *terabytes*.

Y esto todavía no es todo. La Junta Directiva y el Consejo de Supervisión de la empresa correspondiente van a contratar un estudio de abogados (generalmente con actividad internacional) que llevará adelante investigaciones internas. Esto conduce entonces a "*interviews*" con los empleados: La empresa ha puesto en marcha un "programa de amnistía". Quien colabora con el esclarecimiento de la situación no tiene nada que temer; quien no habla, es despedido. La Fiscalía sabe que las investigaciones internas tienen el efecto de un primer golpe y espera por lo tanto en el marco de la cooperación prometida por la empresa, que los resultados de aquellas investigaciones les sean entregados. La evidencia ahora trae consigo la obligación de probar. Si ya en el derecho económico hay tan vastas obligaciones respecto a la documentación, al control y documentación del control, a la denuncia, información y exposición, ¿por qué no se debería, por así decirlo, extender y exigir a quienes se encuentran en el ámbito procesal penal que lo expongan a la Fiscalía?

E) Duración del proceso

Estas enormes cantidades de datos deben ser en primer lugar procesadas, tanto por la Fiscalía como por la Defensa. Esto cuesta mucho tiempo. Este es el motivo principal de por qué los procesos duran tanto. La excusa de que los defensores extienden los procesos en el tiempo, como arrastrándolos, es totalmente infundada. En realidad es más bien al revés: Los mandantes tienen prisa por terminar con la carga del proceso cuanto antes y harían con mucho gusto un "proceso corto".

F) Acuerdo

En general esto suele estar totalmente en concordancia con las intenciones del respectivo Tribunal. Así se ha llegado a los acuerdos en el proceso penal. Durante mucho tiempo fueron combatidos y lo siguen siendo. Muchos principios tradicionales de nuestro proceso penal están afectados, como por ejemplo la publicidad del proceso, su oralidad e inmediatez, y en primera línea el principio según el cual el Tribunal está obligado a investigar de oficio la verdad material. Sobre la verdad no debería negociarse. En asuntos de derecho penal económico la Justicia ha mirado más allá y practicado los acuerdos. Ahora se encuentran legalizados por el legislador. Esta puede ser considerada la modificación más grave que ha tenido nuestro Código Procesal Penal desde hace más de 100 años. Los críticos continúan protestando que han sido motivos exclusivamente pragmáticos de economía procesal los que fueron considerados aquí, especialmente la

sobrecarga de los Tribunales. Esto es, en principio, correcto. Si se pretendía procesar aquella cantidad de datos en el proceso "clásico" del Código Procesal, un proceso duraría años, a pesar de que ya en un estadío temprano se supiese lo que más o menos "saldría". Pero en realidad, se trata de algo más.

"Consenso" era hasta ahora una palabra extraña al derecho procesal penal. En el procesal civil es rutina. Allí se puede reconocer una demanda y reconocer una afirmación del demandante, en ese caso el Tribunal está vinculado y debe tratar esa afirmación como verdad. Esta verdad, así llamada "formal", ¿debe aceptarse ahora también en el proceso penal? No, el legislador no ha ido tan lejos. Por un lado queda aún en la autoridad del Tribunal el definir la verdad material, y por otro lado, puede haber acuerdos sobre el resultado del proceso. La ley sobre los acuerdos no salió bien, porque no logró integrar el elemento consensual en nuestro proceso penal.

Los acuerdos tienen lugar principalmente en el ámbito del derecho penal económico. En procesos sobre asesinato u homicidio, extorsión o estafa, violación o lesiones, son mucho menos frecuentes. Especialmente para delitos de este tipo el derecho material ha creado un elemento consensual, esto es, la compensación entre ofensor y víctima (§ 46a StGB). Si el ofensor se esfuerza en recomponer los daños y se acerca a la víctima, puede ser sancionado más levemente.

Todavía nadie ha establecido qué relación existe entre el instituto del derecho material de la compensación entre ofensor y víctima por un lado, y el instituto del derecho procesal del acuerdo por otro. Sin embargo, de fondo, se trata de la misma cosa. ¿Qué significado tiene para el derecho penal que se alcance un acuerdo sobre el hecho? En el derecho penal económico dominan, como se mencionó, los delitos sin víctima. Según la opinión mayoritaria, en estos delitos no es posible la compensación entre ofensor y víctima. De alguna manera esto es errado, porque la decisión del legislador fue adelantar el límite de la punibilidad respecto del daño y hacer punible por tanto ya el peligro abstracto. De esta manera se le ha hecho imposible al autor el reconciliarse con una víctima concreta. El acuerdo es por así decirlo una forma de equiparar esta chance perdida. El autor manifiesta mediante el acuerdo que está dispuesto a asumir responsabilidad. En definitiva, es de esto de lo que se trata.

7. Resumen

El derecho penal económico tiene muchas facetas que lo diferencian del derecho penal general. El derecho penal económico hace perder importancia a muchas figuras jurídicas de la parte general del derecho penal. El derecho penal económico nos obliga a repensar muchos de los elementos "clásicos" de la dogmática. No es una parcela del derecho penal con límites propios, sino que tiene efecto también

sobre todas las reglas fundamentales de la dogmática y la política criminal. Ha puesto en marcha nuevos desarrollos del derecho procesal que son de importancia general.

PARTE II
Ciencias criminales: diálogos entre Alemania y el resto del mundo

X. Criminalización y victimización de inmigrantes en Alemania[1]

Hans-Jörg Albrecht

Introducción: la inmigración y el problema de la cohesión social

La inmigración y sus conexiones con la delincuencia y con la victimización continúan generando un notable interés en Alemania. Cuando, en diciembre de 2007, dos jóvenes inmigrantes atacaron y lesionaron gravemente a un anciano en una estación de metro de Múnich se produjo un debate nacional sobre cómo tratar a los menores inmigrantes que son infractores crónicos. El caso del metro de Múnich cobró también relevancia en la campaña electoral de enero de 2008 en el estado de Hesse[2] (aunque el resultado de las elecciones demostró claramente que el partido conservador CDU no pudo beneficiarse de su insistencia en la inmigración y en la violencia[3]). Se demandó e] endurecimiento de la legislación penal juvenil y una aplicación más estricta de las órdenes de deportación; además, el debate se centró en las cuestiones de integración de los inmigrantes, en particular en el interrogante sobre qué esfuerzos de adaptación se les debe exigir a los inmigrantes y a sus comunidades. Algunas semanas más tarde, un incendio destruyó un edificio

---

[1] Publicado originalmente en *Criminalización racista de los migrantes en Europa* / Salvatore Palidda, José Ángel Brandariz García (directores), Granada, Comares, 2010, pp. 217-236; Traducción de *José Angel Brandariz García,* Universidad de A Coruña.

[2]<www.focus.de/politik/deutschland/jugendgewalt/unions-wahlkampf_aid_232321.html>; <www.ad-hoc-news.de/Politik-News/de/14789577/(Zusammenfassung+Neu+Reaktionen)+Parteien+streiten+um>

[3] www.forschungsgruppe.de/Studien/Wahlanalysen/Kurzanalysen/Newsl_Hess_Nied08.pdf

de viviendas en Ludwigshafen, ciudad de tamaño medio del suroeste de Alemania, causando la muerte de nueve personas de origen turco, y produciendo graves lesiones a varias más. Tras el incendio se difundió rápidamente la convicción de que sujetos de extrema derecha podían ser los responsables del hecho, y se estableció un paralelismo con los casos letales de lanzamiento de bombas incendiarias contra casas de propietarios turcos en la primera mitad de los años '90 (Mölln y Solingen), hechos que sucedieron en un período de dramático incremento de la violencia xenófoba, inmediatamente después de la reunificación y de los conflictos políticos sobre el asilo y sobre las restricciones al mismo (ESSER, 1999). Mientras que la responsabilidad por el suceso todavía está pendiente de aclaración, el caso ha tenido amplia cobertura en los medios turcos, determinando el envío de investigadores turcos para colaborar con la policía alemana, y ocupando un lugar prioritario en la agenda de un incómodo encuentro entre la canciller alemana y su homólogo turco en febrero de 2008[4]. En aquella ocasión, el primer ministro turco hizo mención del asunto en un encuentro con sus compatriotas, y les exhortó a no olvidar que son turcos. Estos llamamientos tuvieron como efecto en la opinión pública furiosos comentarios, que aludieron a la creación intencional de obstáculos para la integración de los inmigrantes de origen turco.

Estos casos ofrecen una clara evidencia de que el problema social de la inmigración se ha diversificado en diferentes perspectivas, entre las que destaca la cuestión de la integración social de las minorías. Hasta el momento, el proceso migratorio ha conducido en Alemania (y en el resto de Europa) a la reaparición de divisiones culturales, étnicas y religiosas en la sociedad, generando el interrogante de cómo se puede lograr la integración social y política en condiciones de diversidad étnica y religiosa. El actual debate sobre el surgimiento de una «sociedad paralela» (HALM/SAUER, 2006) está especialmente referido a los in- migrantes musulmanes, a los que se percibe como autoexcluidos del conjunto de la sociedad.

Evidentemente, la particular perspectiva alemana sobre la integración política, estado federal con un cuidadoso equilibrio entre los niveles federal y estatal, no es adecuada para responder a los retos de cohesión social e integración que generan grupos relevantes de inmigrantes, con sus diferencias étnicas, culturales y religiosas. El federalismo fue, al igual que la tradición francesa de republicanismo laico o la perspectiva británica de pluralismo comunitario, una orientación razonablemente eficiente para la construcción de identidad y para la cohesión social en los siglos XIX y XX, pero no ofrece soluciones en el nuevo milenio.

Resulta igualmente claro que el concepto tradicional de inmigración no se compadece con el fenómeno migratorio en Alemania. Más que asimilación

[4]Vid.<www.bundesregierung.de/nn_1516/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2008/02/2008-02-08-merkel-erdogan-pk.html.>

convencional o integración, la inmigración genera redes migratorias y un pluralismo de «comunidades transnacionales» (NELL, 2004). Esto se ve facilitado por eficientes sistemas de transporte, y por el hecho de que la inmigración en Alemania proviene de países europeos (incluida Turquía) o de regiones vecinas (p. ej., los países del Magreb u Oriente Próximo).

Políticas migratorias en Alemania

Con posterioridad a la segunda guerra mundial, Alemania ha experimentado una historia migratoria bastante breve, en la medida en que la inmigración comienza en torno a 1960, y los cambios significativos en su dinámica se producen en las décadas subsiguientes. Mientras que el debate en los años '60 y'70 enfatizó el concepto de «trabajadores invitados» (trabajadores migrantes que se suponía que retornarían a los países de origen tras un período más o menos extenso de ocupación), en los años '90 se fue reconociendo de forma creciente que la inmigración se había hecho estable (BADE, 2006).

La composición étnica de los inmigrantes, y los factores determinantes de la migración, han cambiado de forma significativa en los últimos 50 años. Los países de origen de la fuerza de trabajo migrante han cambiado, con el sureste de Europa (la antigua Yugoslavia y Turquía) sustituyendo al suroeste (Italia, España, Portugal). A comienzos de los años '60 aproximadamente dos tercios de la población extranjera provenía de países hoy miembros de la UE. En los años '90 esta proporción había descendido a menos de un 30%. Los inmigrantes turcos y los de la antigua Yugoslavia en la actualidad representan casi la mitad de la población inmigrante residente en Alemania. Además, los inmigrantes de países en desarrollo de África y Asia conforman proporciones sustanciales de la población inmigrante desde la segunda mitad de los años '80.

El estatuto del extranjero en Alemania es variado, en la medida en que se aplican diferentes regímenes legales a ciudadanos de países de la UE, a ciudadanos turcos (que se ubican en una situación intermedia entre la correspondiente a los comunitarios y la de los no-comunitarios) y ciudadanos de países no comunitarios. La legislación alemana de inmigración hace distinciones entre turistas (o visitantes de corta duración), extranjeros trabajadores (o integrados en centros de secundaria o universidades), solicitantes de asilo y refugiados (a los que se aplica la Convención de Ginebra). La completa supresión de los marcos establecidos para contratar trabajadores en el extranjero, y las severas restricciones de los permisos de trabajo para extranjeros no comunitarios, condujeron obviamente en los años '90 al incremento de los extranjeros solicitantes de asilo (solicitud que, hasta la enmienda de la Constitución y de la legislación migratoria, tenía el efecto de garantizar un permiso provisional de estancia en territorio germano hasta que se produjese la decisión final sobre el asilo). Un fenómeno migratorio bastante

singular se produce con los alemanes étnicos cuyos antepasados emigraron a Polonia, Rusia o Rumanía, y a los que se les autoriza la renacionalización (bajo la exigencia de que aporten pruebas del origen alemán). Entre comienzos de los años '50 y 2007, 4'5 millones de alemanes étnicos han sido renacionalizados (SACHVERSTÄNDIGENRAT FÜR ZUWANDERUNG UND INTEGRATION, 2004: 62), la mayoría de los cuales inmigró a Alemania a partir de la segunda mitad de los ‘80 (BAYERISCHES STAATSMINISTERIUM FÜR ARBEIT UND SOZIALORDNUNG, 2008), convirtiéndose en la minoría (inmigrante y étnica) más importante en términos cuantitativos. Después de 1990, los alemanes étnicos que migran a Alemania provienen mayoritariamente de países de la antigua Unión Soviética, y se enfrentan con condiciones de integración cada vez más problemáticas. No obstante, el número de migrantes de la antigua Unión Soviética está decreciendo de forma significativa, como consecuencia del endurecimiento de las condiciones de admisión (CURRLE, 2004: 55-58).

Al contemplar la distribución espacial, se evidencian diferencias regionales en la densidad migratoria. La mayoría de los inmigrantes opta por la parte occidental de Alemania. En 2007la proporción de inmigrantes en la población de los «nuevos *Bundesländer*» (la antigua República Democrática Alemana, 16o/o de la población total del país) era del 2'4% (STATISTISCHES BUNDESAMT, 2008a: tabla 3.3).

Los cambios legales e institucionales en Alemania en lo relativo a la inmigración se han producido lentamente, pasando de una concepción tradicional de la legislación de inmigración *(Ausländergesetz)* de carácter policial, preocupada por el control y por la prevención del riesgo, a su reciente sustitución por una nueva ley de inmigración. La reformada ley de inmigración entró en vigor en 2005 (*Gesetz zur Steuerung und Begrenzung der Zuwanderung und zur Regelung des Aufenthalts und der lntegration von Unionsbürgern und Ausländer),* y se centra en la nacionalización y en la integración. El título de la nueva ley combina restricción y regulación de la inmigración con integración de los ciudadanos de la UE y de los extranjeros. La orientación cambia (aunque no por completo) de una perspectiva más bien restrictiva en relación con la nacionalización a otra que busca facilitar la integración mediante la reducción del periodo de estancia necesario para solicitar la ciudadanía, la aceptación en cierta medida de la doble nacionalidad, y el establecimiento de mayores garantías frente a la deportación. Otro elemento de la revisión del marco normativo de la inmigración fue la introducción de nuevas instituciones, como un *Ombudsman* para la inmigración *(Ausländerbeauftragte)* o el Consejo de Expertos en Inmigración *(Sachverständigenrat für Zuwanderung und lntegration),* así como una nueva preocupación por la información básica sobre la situación económica, social, etc., de los inmigrantes (SACHVERSTÄNDIGENRAT FÜR ZUWANDERUNG UND INTEGRATION, 2004: 396). En 2006 el Ministerio Federal de Interior ha fundado la «Conferencia Islámica de Alemania», buscando iniciar un diálogo entre

asociaciones islámicas, instituciones estatales, y la sociedad civil[5]. Estos cambios han sido impulsados por los problemas sociales que se manifiestan en la guetificación de las áreas metropolitanas, y por las preocupaciones sobre la emergencia de «sociedades paralelas», pero también por las perspectivas en materia de derechos humanos, que se plasmaron especialmente en informes del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas, así como en los esfuerzos de ONGs que ponen de relieve los problemas específicos que experimentan los inmigrantes[6].

La historia de las minorías raciales y étnicas en Alemania durante el siglo XX, así como la investigación sobre las minorías, han quedado ensombrecidas por el régimen de terror asesino del fascismo alemán, impuesto en Europa durante los años '30 y '40 del siglo pasado (BADE, zoo6: 3). Una de las lecciones extraídas de este periodo se refiere a la eliminación de informaciones sobre raza y etnicidad de los sistemas oficiales de datos (y, además, de la mayor parte de los cuestionarios y entrevistas empleadas en la investigación criminológica). De este modo, las estadísticas oficiales, sean criminales, judiciales, o relativas a la población general, no pueden informar sobre la composición étnica de la población alemana. Sólo se dispone de estimaciones; p. ej., la comunidad negra o afro-germana suma entre 40.000 y 50.000 personas (FORBES/MEAD, 1992: 39). Las investigaciones sobre e] volumen de residentes nacidos en el extranjero revelan que sobre el 10o/o de la población pertenece a grupos inmigrantes, mientras que las estadísticas oficiales hablan de un 7% de población foránea (SACHVERSTÄNDIGENRAT FÜR ZUWANDERUNG UND INTEGRATION, 2004: 68). No obstante, el grupo de nacidos en el extranjero no incluye segundas y terceras generaciones de inmigrantes, entre los que una parte sustancial ha sido nacionalizada. Como consecuencia de una enmienda legislativa de 1998, bajo ciertas condiciones los hijos de inmigrantes adoptan automáticamente la nacionalidad alemana, y hasta el comienzo del siglo XXI, los alemanes étnicos provenientes de países del antiguo bloque soviético recibían automáticamente la ciudadanía alemana tras llegar al país. En consecuencia, la variable «nacionalidad» o «ciudadanía» puede ser empleada únicamente corno un criterio bastante imperfecto para analizar los grupos inmigrantes.

Los problemas derivados de la ausencia de datos válidos a la hora de interpretar estadísticas oficiales, en particular las relativas a .la criminalidad, resultan evidentes cuando se contemplan los cambios en la estructura de reclusos de las prisiones de menores en Alemania. Los datos del estado de Baden-Württemberg muestran que

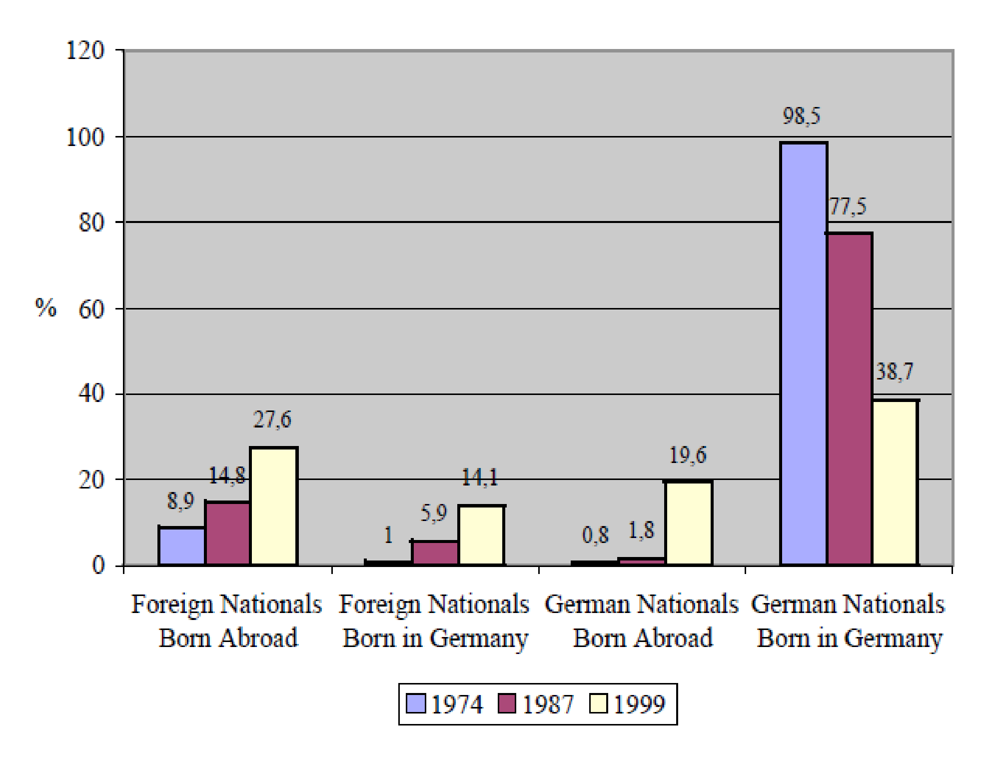
---

[5] <http://www.deutsche-islam-konferenz.de/DIK/DE/Startseite/startseite-node.html>

[6] EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE (2004), *Third Report on Germany. Adopted on* 5 *December 2003,* Council of Europe, Strasbourg; REPORT OF THE COMMITTEE ON THE ELIMINAION OF RACIAL DISCRIMINATION (2008), *Seventy-second session (18 February-7 March 2008), Seventy-third session (28]uly-15 August 2008), General Assembly, Official Records, Sixty-third session, Supplement No. 18 (A/63118),* p. 38.

en un periodo de 25 años 1a estructura de los reclusos menores ha cambiado por completo. Mientras que a mediados de los años '70 todos los reclusos eran ciudadanos alemanes, en 1999 los menores de nacionalidad alemana sumaban menos del 40% de los reclusos. Por lo demás, si se atiende en exclusiva a la variable nacionalidad se pierde de vista que los menores inmigrantes representan en la actualidad la mayoría de la población reclusa.

Graph 1: Ethnicities in German Youth Prisons (%)

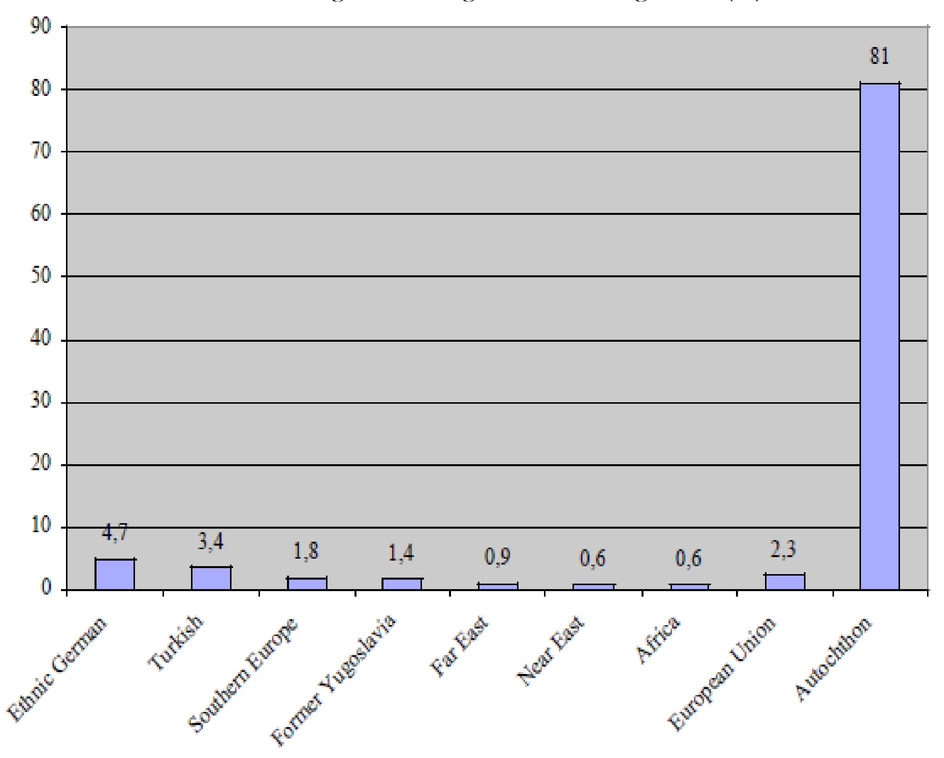


Fuente: JUGENDSTRAFVOLLZUGSANSTALT ADELSHEIM

En relación con estas preocupaciones surgen nuevas perspectivas de los trabajos sobre el censo nacional que se refieren al tamaño de la población inmigrante, y a las condiciones sociales en las que se encuentra esta parte de la población. Con ello, se avanza la cuestión de cómo, y a través de qué criterios, se define a un inmigrante, y cómo se construyen los grupos sociales. En particular, se presenta el interrogante de quién es un inmigrante, y durante cuánto tiempo se continúa siendo tal. El primer estudio de microcenso que se ocupó de la proporción de inmigrantes en Alemania, de 2005, puso de manifiesto datos interesantes. En el microcenso los inmigrantes fueron definidos corno aquellas personas que

inmigraron a Alemania después de 1949, así como los nacidos en Alemania como extranjeros y los nacidos como ciudadanos alemanes con al menos un padre inmigrante, o un padre nacido en Alemania como extranjero (STATISTISCHES BUNDESAMT, 2008b: 6). Mientras que en términos de nacionalidad o ciudadanía la proporción de inmigrantes era en el nuevo milenio aproximadamente del 9% de la población residente (STATISTISCHES BUNDESAMT, 2008a: tabla 1.2), el volumen de inmigrantes (definidos según los criterios mencionados *supra)* suma el 18'6% en 2005 (STATISTISCHES BUNDESAMT, 2007: 7) y el 18'7% en 2007 (STATISTISCHES BUNDESAMT, 2008b: 32). La distribución de inmigrantes en relación con la región de origen se muestra en el gráfico 2.

Gráfico 2: Lugares de origen de los inmigrantes (%)



Fuente: INSTITUT FÜR BEVÖLKERUNG UND ENTWICKLUNG, 2009.

No obstante, la mayor parte de la información sobre las características, sociales y de otro género, de los inmigrantes proviene de los datos sobre extranjeros. La información estadística sobre la composición étnica o racial de la población no está disponible. La falta de consideración de la información étnica o racial en las estadísticas y censos oficiales es una respuesta deliberada al fascismo alemán y al

holocausto, que se vio facilitado por la disponibilidad de datos sobre la religión y la etnicidad; no obstante, esta carencia ha sido recientemente criticada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial[7].

De acuerdo con los datos disponibles de la Oficina Nacional de Estadísticas, los extranjeros se ven afectados de forma desproporcionada por el desempleo, con tasas de paro de aproximadamente el 20%, que se reducen al 10% en el caso de los alemanes[8]. En muchos aspectos muestran características del segmento bajo de la clase trabajadora, por ejemplo en materia de vivienda, de dependencia de la Seguridad Social (que es tres veces superior entre los extranjeros), o de niveles de educación o renta (ANHUT/HEITMEYER, 2000: 22; TIEMANN, 2004: 37). Por lo demás, los jóvenes inmigrantes sufren una situación de especial precariedad. En relación con ellos, las investigaciones sobre resultados académicos, y sobre integración en el mercado de trabajo, muestran significa ti- vas diferencias con la juventud alemana (ANHUT/HEITMEYER, 2000; TIEMANN, 2004: 37; STATISTISCHES BUNDESAMT, 2004). La emergencia de una profunda desigualdad social se deriva también de un sistema educativo y formativo que no se ajusta a las especiales necesidades de los jóvenes inmigrantes (GOMOLLA/RADTKE, 2002). Por otra parte, la segregación espacial de los inmigrantes se ve acompañada por la segregación cultural, que ha sido percibida, por ejemplo, en el incremento de la religiosidad entre los inmigrantes turcos (GOLDBER/SAUER, 2003: 7).

La actual situación de los inmigrantes puede ser explicada, cuando menos parcialmente, como efecto de los cambios sociales y económicos de las últimas décadas, que en general les han sido perjudiciales. Los relatos de inmigración exitosa, difundidos por Europa y Norteamérica durante los siglos XIX y XX, se refieren a grupos de inmigrantes que lograron abrirse camino, e integrarse (económica y culturalmente) en la sociedad mayoritaria. Por ejemplo, las oleadas de trabajadores polacos que se establecieron a finales del siglo XIX y comienzos del XX en el oeste de Alemania (en particular, en las áreas de minería del carbón) se mezclaron de forma bastante rápida con la sociedad mayoritaria, y se hicieron invisibles como grupo distintivo apenas en medio siglo. La desaparición del trabajo no cualificado y la transformación de las sociedades industriales en sociedades de la información y de los servicios, actividades que demandan fuerza de trabajo de alta cualificación, han contribuido a cambiar de forma drástica los mercados de trabajo y, con ello, el marco general de los mecanismos tradicionales de integración social (que siempre estuvo basada en el trabajo). Las economías sumergidas, los mercados negros y los empleos de bajos salarios, en particular en zonas

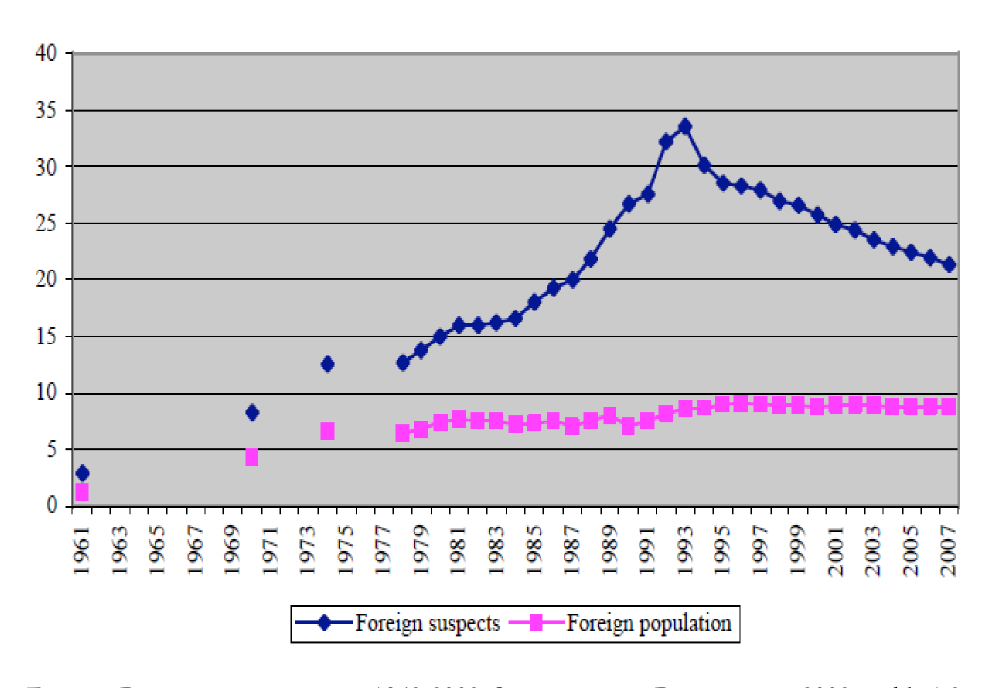
[7] REPORT OF THE COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION, 2008:40.

[8] STATISTISCHES BUNDESAMT, 2005; vid. asimismo los datos del microcenso sobre el desempleo entre inmigrantes: STATISTISCHES BUNDESAMT, 2008b: 236.

metropolitanas, ofrecen oportunidades de trabajo precario para inmigrantes recién llegados, así como para las segundas y terceras generaciones de inmigrantes establecidos durante las últimas cuatro décadas. Las mutaciones políticas en Europa han afectado de forma considerable al estatuto legal de los inmigrantes, como consecuencia del cambio del marco normativo de la inmigración, y de las políticas aplicadas. Mientras en los años '60 y '70 la mayor parte de los inmigrantes entraban en Alemania legalmente (como fuerza de trabajo, o mediante la reunificación familiar), en la actualidad el estatuto de los recién llegados se orienta a la ilegalidad, o a la condición precaria de solicitantes de asilo y refugiados; de este modo, se convierten en inmigrantes apenas tolerados, que están sometidos a estrictos controles administrativos, y amenazados por serios riesgos de criminalización (como consecuencia del no cumplimiento de las reglas administrativas de asignación del lugar de residencia). Con la orientación de los mercados de trabajo hacia la demanda de trabajadores altamente cualificados, los inmigrantes padecen el estigma de estar desempleados y ser dependientes de la Seguridad Social. Las agendas político-criminales no sólo están preocupadas por la delincuencia y la victimización, sino también por condiciones que se suponen determinantes de la desviación, como los problemas familiares, el desempleo, o las carencias educativas o de formación profesional.

Inmigración, criminalidad e integración

En Alemania las cifras policiales de detenidos extranjeros han crecido de forma continuada, reflejando un importante crecimiento en el número de inmigrantes. En 1953, cuando las estadísticas policiales volvieron a publicarse tras la segunda guerra mundial, la tasa de detenidos extranjeros se situaba en el 1'7% (ALBRECHT, 1997). El gráfico 3 compara los datos de población extranjera residente y de detenidos extranjeros desde 1961 a 2007. Estas cifras muestran con claridad que los extranjeros están representados de forma desproporcionada en las estadísticas policiales. Resulta también evidente que los significativos cambios en las tasas de detenidos extranjeros son independientes de las cifras de la población extranjera residente. Aunque la proporción de extranjeros entre la población residente no cambia de forma significativa desde el inicio de los años '90 a 2007, la tasa de detenidos no alemanes cae en el mismo periodo aproximadamente en un tercio. Esta caída refleja el drástico descenso en el número de solicitantes de asilo desde 1993 (cuando se reformó la Constitución alemana en lo referente al derecho de asilo, y las solicitudes se sometieron a requisitos mucho más estrictos). El descenso es especialmente acusado en el ámbito de los pequeños delitos patrimoniales (sobre todo en materia de hurtos en establecimientos comerciales), lo que supone una indicación de las clases de delitos en las que participan en mayor medida los solicitantes de asilo.



Fuentes: BUNDESKRIMINALAMT, 1962-2008; STATISTISCHES BUNDESAMT, 2008c: tabla 1.2.

A modo de resumen del conocimiento disponible sobre las conexiones entre inmigración y delincuencia contabilizada por la policía, puede concluirse que algunos grupos de inmigrantes muestran tasas de participación delictiva muy superiores a las correspondientes a los grupos mayoritarios. La proporción de detenidos inmigrantes es particularmente alta en la criminalidad violenta. Sin embargo, algunos grupos de inmigrantes muestran el mismo grado de implicación criminal, o incluso menos, que el que se manifiesta en el grupo mayoritario. La primera generación de inmigrantes, de los años '50 y '60, obviamente ha tenido una implicación criminal muy inferior a las segundas y terceras generaciones, y a los llegados en los años '80 y '90. Lo que la mayor parte de los grupos inmigrantes tienen en común es una posición precaria, social y económicamente desfavorecida. No obstante, las diferencias culturales entre grupos de una posición social similar puedan dar lugar a patrones de criminalidad bastante divergentes, tanto en términos de estructura como de volumen de la implicación delictiva. Las diferencias culturales que se dan entre los grupos de inmigrantes se refieren a la capacidad para la construcción de comunidad y para la preservación de la homogeneidad cultural y étnica del grupo inmigrante.

El debate sobre inmigración y criminalidad de las dos últimas décadas ha enfatizado los problemas particulares de los jóvenes inmigrantes (pertenecientes a las segundas y terceras generaciones). Se presume que en los grupos de jóvenes inmigrantes la violencia y la delincuencia crónica tienen un papel significativo. Aproximadamente el 45% de la delincuencia violenta de menores cometida en grupo se vincula a jóvenes inmigrantes, según los datos de la policía de Berlín (DER POLIZEIPRÄSIDENT IN BERLIN, 2007: 87). No obstante, la criminalidad contabilizada por la policía presenta dos problemas: identifica a los inmigrantes mediante la variable nacionalidad (lo que puede conducir a una infraestimación de las tasas de participación criminal), y no tiene en cuenta los delitos no denunciados por las víctimas.

Durante la última década, se han realizado varios estudios de autoinculpación, con la intención de comprobar las hipótesis sobre la desproporcionada implicación criminal de los jóvenes inmigrantes. La mayor parte de estos estudios adoptan la forma de investigaciones escolares (centradas en personas de 15 a 18 años). Mientras se ha puesto de manifiesto que las tasas de participación criminal en términos generales no divergen mucho en el caso de los jóvenes alemanes y de los diversos grupos de jóvenes inmigrantes (NAPLAVA, 2002) -en particular se han comprobado tasas similares en delitos contra la propiedad y en materia de drogas-, todos los estudios realizados hasta el momento confirman la implicación desproporcionada en criminalidad violenta, como lesiones y robo con violencia (callejero), señalada- mente por parte de jóvenes inmigrantes turcos y del sureste de Europa (antigua Yugoslavia) [HEITMEYER, 1995; TILLMANN *et al.*,. 2000; ENZMANN/WETZELS, 2000; OBERWITTLER *et al.,* 2001]. Los jóvenes inmigrantes de origen turco son también más proclives a recurrir a la violencia en situaciones de conflicto, tanto interétnicas como intraétnicas (MÜLLER, 2000: 283). La gran relevancia de la violencia para los jóvenes turcos se explica por la fuerte integración en bandas, y por la particular importancia del honor en sus comunidades (MÜLLER, 2000: 284). A mayor abundamiento, los jóvenes inmigrantes relatan más experiencias de castigo corporal en la infancia (BAIER *et al.*, 2009). Si se pone el acento en el papel del honor en la interpretación y explicación de la violencia entre jóvenes varones turcos (GESEMANN, 2004: 67-68), debería tenerse en cuenta que esto remite a los clásicos temas de investigación sobre las subculturas y las bandas (MILLER, 1979; GRAHAM/WELLS, 2003). La violencia ejercida por varones jóvenes se vincula a motivos como el «honor masculino» o el «deseo de violencia» (GRAHAM/WELLS, 2003: 560). Tales motivos se enmarcan en solidaridades y lealtades de grupo, y en la búsqueda de estatus social. En tal medida, parece cuestionable que una particular cultura turca de honor y reputación juegue algún papel en la explicación de la violencia de varones jóvenes. Hasta el momento no existen evidencias empíricas que puedan confirmar que los jóvenes inmigrantes varones se diferencien de sus coetáneos indígenas en materia de factores causantes de la violencia. Al menos la integración en bandas es de similar intensidad en los

grupos de jóvenes alemanes, turcos, e inmigrantes étnicamente alemanes, que emplean la violencia en la resolución de conflictos (aproximadamente el 80%) [MÜLLER, 2000: 291]. A mayor abundamiento, sólo se aprecian diferencias menores en lo relativo a las vinculaciones familiares. No obstante, los jóvenes turcos y étnicamente alemanes se muestran de acuerdo en una proporción inferior a la de otros jóvenes con la idea de que los inmigrantes deberían integrarse en la cultura y lengua alemanas (MÜLLER, 2000: 287).

En las explicaciones que se dan de la violencia juvenil y de la delincuencia crónica se pone especial énfasis en la desaparición del trabajo no cualificado, y en la creciente demanda de capacitación y formación como un requisito para acceder al mercado laboral. Se concluye que de ello se derivan procesos de exclusión social y marginación económica, así como la creciente concentración de juventud problemática en los barrios desfavorecidos de los centros urbanos. Esta presunción determina además una tendencia de largo alcance hacia el control formal de la juventud, visible en un incremento de las denuncias, y que refleja un profundo cambio en la gestión de los riesgos vinculados a los niños y a los jóvenes (OBERWITTLER/KÖLLISCH, 2004).

Discriminación y sistema penal

Las aproximaciones teóricas a la cuestión de la discriminación y de la aplicación no igualitaria de la ley deben ante todo ser diferenciadas en hipótesis vinculadas a la implicación criminal de las minorías migrantes como un relevante problema social e hipótesis relativas a la toma de decisiones en materia de policía y en el sistema de justicia administrativa y criminal. Las tesis sobre el problema de la contribución de los extranjeros a la criminalidad pueden ser divididas a grandes rasgos en la teoría de los chivos expiatorios y la teoría del conflicto por los recursos (empleo, vivienda, etc.). Además, se ha hecho mención de la búsqueda de «nuevos» problemas sociales por parte de las agencias administrativas, así como de la función potencial de la implicación criminal de los extranjeros en la estabilización del poder político y en la competición por el apoyo electoral de los grupos mayoritarios.

Con relación al papel de la policía en el inicio de las investigaciones criminales debe ser señalado que la policía alemana no tiene atribuida la toma de decisión formal sobre el arresto. La policía alemana, cuando se le notifica un hecho criminal, investiga el caso y, después de las indagaciones, transmite el asunto a la oficina del fiscal, en la cual se toma la verdadera decisión de emprender el procedimiento penal (o de acordar una detención). Parece existir consenso en el sentido de que la probabilidad de ser procesado, al menos en un cierto número de ilícitos, es prácticamente la misma para los infractores de grupos minoritarios y para los de grupos mayoritarios. La probabilidad de ser imputado por una infracción penal, no obstante, es extremadamente baja en el caso de la mayoría de las infracciones, y las

investigaciones policiales parecen estar guiadas ante todo por las características del delito, especialmente por su gravedad. Se ha hipotizado que las mayores tasas de imputados entre las minorías étnicas podrían ser consecuencia de que sus miembros se confrontan con la policía de forma más negativa que los integrantes de la mayoría. Sin embargo, la investigación preliminar basada en un diseño experimental no ofrece apoyo para esta hipótesis.

Los imputados de minorías étnicas parecen ser más colaboradores durante el interrogatorio policial. Avanzando en el proceso penal, los datos empíricos no apoyan la tesis de que exista para los miembros de las minorías étnicas un mayor riesgo de ser formalmente imputados por una infracción penal (KUBINK, 1993: 60). No obstante, la crítica según la cual los extranjeros son tratados de forma discriminatoria tiene ciertamente algunos méritos. En determinados ámbitos, p. ej. la legislación sobre drogas, las estrategias de persecución adoptan técnicas de *profiling,* y se concentran en minorías étnicas seleccionadas (implicadas en diversas redes de distribución callejera de drogas). Los interrogantes se refieren a si la discriminación y el racismo muestran pautas sistemáticas, o si tales actitudes corroboran la teoría de la «oveja negra», a menudo adoptada por autoridades estatales, que afirma que el comportamiento abusivo está restringido a casos excepcionales (JASCHKE, 1997: 191).

El tratamiento discriminatorio y la desigualdad han sido puestas de relieve en el contexto de la explicación del porcentaje desproporcionado de extranjeros (o inmigrantes) entre la delincuencia contabilizada por la policía. A comienzos de los años '90 una investigación sobre miembros de la policía reveló que una mayoría de ellos sentía que existen diferencias entre ciudadanos comunes e inmigrantes, que justificarían un trato distinto. Las razones por las que los inmigrantes podrían ser tratados legítimamente de una forma diferente se refieren al estatus de la inmigración, a la explotación de los inmigrantes, y a sus diferentes valores y pautas de comportamiento. En general los datos corroboran la perspectiva de que la policía percibe a los inmigrantes como diferentes (FRANZKE, 1993: 616).

La interpretación de la investigación realizada hasta el momento señala problemas estructurales en la relación entre los inmigrantes y la policía. Los inmigrantes (en particular los llegados desde los años '90) se encuentran en condiciones desfavorables. Las altas tasas de desempleo, y el problema del acceso al mercado de trabajo, se asocian con una importante participación en la economía sumergida. Esto es particularmente cierto para los inmigrantes ilegales (ALBRECHT, 2006). Las elevadas tasas de participación en el mercado de la droga, o en otras economías informales, exponen a los inmigrantes a una elevada probabilidad de confrontación con el sistema sancionador.

Los estudios se han ocupado hasta el presente de actitudes y percepciones de la policía. Mientras que los datos sobre el uso de la fuerza en general, o sobre las prácticas policiales en lo que se refieren a controles callejeros, no están disponibles, el uso - letal o no - de armas de fuego es contabilizado por los ministerios del interior. Estos datos no distinguen, sin embargo, entre inmigrantes y otros grupos por los que se refiere a víctimas de la fuerza policial. Los datos longitudinales sobre el uso de la fuerza letal por parte de la policía revelan que el número de personas muertas o lesionadas por armas de fuego es estable (y tendencialmente en declive), del mismo modo que el uso de pistolas contra personas en general (INNENMINISTERIUM BADEN-WÜRTTEMBERG, 2005). Durante las dos últimas décadas la policía ha usado un promedio de 60-70 veces por año las armas de fuego contra individuos; de media unas 10 personas mueren y unas 30 resultan heridas como consecuencia de ese uso. Aunque estudios más profundos sobre estos casos no se han llevado a cabo, parece que prácticamente todos los casos de uso letal de armas de fuego proceden de situaciones que no tienen potencialidad de avivar tensiones étnicas.

Los estudios sobre la confianza en la policía como institución revelan que las diferencias en la materia entre los jóvenes alemanes y los diversos grupos inmigrantes no son sustanciales. Mientras que aproximadamente el *25%* de los jóvenes germano-occidentales, italianos y griegos declaran desconfiar de la policía, la juventud turca y la germano-oriental comparten esta perspectiva en tasas del 37% y 33%, respectivamente. En consecuencia, la confianza y la desconfianza en la policía no deberían ser explicadas por el estatus inmigratorio, sino por el sentimiento general de pertenencia a un grupo social marginado y desfavorecido. Las diferencias no son particularmente destacables cuando se contemplan los grupos en conjunto; no obstante, se hacen más pronunciadas cuando se introducen variables como el género, la educación y el lugar de residencia. La actitud analizada está particularmente extendida en el área metropolitana de Berlín, donde el 84% de los turcos entrevistados declaran que tienen poca o ninguna confianza en la policía (GESEMANN, 2003: 211). Esto muestra con claridad una división étnica profunda, en la medida en que la tasa correspondiente en el grupo de jóvenes alemanes es aproximadamente del 30%. Una explicación puede encontrarse en el proceso de segregación espacial, y en la emergencia de guetos y comunidades étnicas en los centros urbanos, fenómeno que, también como consecuencia de la sustancial población de inmigrantes de origen turco, en Berlín ha cobrado una significativa relevancia (GRÖNEMEYER/MANSEL, 2003). La desconfianza en la policía en áreas metropolitanas puede ser alimentada también por la frecuencia de contactos, vinculados a arrestos, entre policía y juventud inmigrante, que es especialmente acusada en grandes ciudades.

Datos de un estudio por cohortes de edad en Freiburg muestran que las tasas de renuncia al procesamiento para infractores primarios y reincidentes no se

diferencian cuando se comparan los datos (correspondientes a 1985 y 1995) de jóvenes alemanes, alemanes étnicos y extranjeros. No obstante, hay diferencias en tasas de renuncia al procesamiento para delitos violentos, en los que los jóvenes infractores extranjeros tienen menos posibilidades de eludir la persecución penal. Tasas de no procesamiento (%) en dos cohortes de edad (nacidos en 1970, 1980, 16 años, varones).

	Alemán			Alemán étnico			Extranjero		
	1ª infracción		2ª	1ª infracción		2ª	1ª infracción		2ª
	1985	1995	1995	1985	1995	1995	1985	1995	1995
Hurto	60	82	77	61	85	82	54	81	82
Hurto cualif.	22	37	22	20	49	14	18	27	17
Violencia	32	49	37	38	24	9	32	28	18
Total	55	76	60	55	78	60	50	71	66

Se puede comprobar que el estatus inmigrante tiene un efecto más bien menor sobre la sanción. Los extranjeros afrontan un riesgo algo mayor de ser condenados a penas privativas de libertad, y tienen una posibilidad algo menor de recibir una suspensión condicional de la pena, o una *probation* (STEINHILPER, 1986). Con todo, en general las variables de etnicidad y nacionalidad contribuyen de forma muy modesta a la explicación de las diferencias en materia de condena (GREGER, 1987; ALBRECHT, 1994). Esto resulta cierto no sólo para las condenas de adultos, sino también para las decisiones en casos de menores (GEISSLER/MARISSEN, 1990; OPPERMANN, 1987; ALBRECHT/PFEIFFER, 1979). La pequeñas diferencias en materia de internamiento de menores entre jóvenes infractores alemanes y extranjeros (2'4% y 3'4%, respectivamente, del total de condenados), que ponen de relieve GEISSLER/MARISSEN (1990), son debidas fundamentalmente a condenas por tráfico de drogas. Al margen de esta infracción, las diferencias se desvanecen. Es especialmente destacable que tales diferencias son prácticamente inexistentes en el caso de delitos violentos y de ilícitos sexuales, como ha puesto de relieve OPPERMANN (1987). En la medida en que la etnicidad es una variable de gran difusión, puede suponerse que su impacto sobre las condenas es menos pronunciado, o incluso inexistente, en casos en los que unas características relevantes de la infracción o del infractor (p. ej., gravedad del delito, antecedentes), la necesidad de ajustarse a marcos de penalidad (casos menores), o la conveniencia administrativa, determinan estrategias de decisión bastante predeterminadas (UNNEVER/HEMBROFF, 1988). De este modo, puede hipotizarse que sólo un conjunto de características de particular inconsistencia puede causar efectos de

etnicidad o nacionalidad en el momento de la condena. Se ha sugerido que los efectos relativamente menores de las variables étnicas en la condena podrían ser debidos a que buena parte de los delitos graves contra las personas cometidos por infractores pertenecientes a minorías tienen también como víctima a un miembro de esas minorías, de modo que tales efectos pueden ser mayores cuando se trata de delitos con infractores de las minorías y víctimas del grupo mayoritario. Hasta el momento esta cuestión no ha sido tratada adecuadamente.

Inmigrantes y victimización

La relación entre inmigración y victimización nunca acaparó en Alemania la atención que ha recibido la participación criminal de los inmigrantes. Mientras que las estadísticas policiales toman en cuenta la nacionalidad de los imputados, no prestan atención a la nacionalidad (o al estatus inmigratorio) de las víctimas. Los estudios sobre víctimas desarrollados en Alemania raramente han incluido de forma sistemática a las poblaciones inmigrantes. Desde la perspectiva de la investigación en inmigración, en particular de la relativa a la migración ilegal, la cuestión de la victimización no cumple papel alguno[9]. La perspectiva victimológica sobre los inmigrantes durante las dos últimas décadas se ha visto influenciada por varias cuestiones, y por diferentes intereses políticos, que muestran en cierta medida la convicción de la potencialidad de tales sujetos para crear conflictos y generar violencia, como consecuencia de la segregación y de la alteridad cultural.

A comienzos de los años '90 la cuestión de la violencia xenófoba fue la que acaparó la atención, como consecuencia de un incremento del extremismo de derechas, y de una serie de hechos de violencia a gran escala, dirigidos contra solicitantes de asilo y otros inmigrantes. Una segunda cuestión que se ha situado de forma relevante en las agendas políticas es la referente a los homicidios por motivos de honor. U na tercera cuestión se refiere al ciclo de la violencia, con la afirmación de que se dan altos niveles de violencia doméstica en las familias inmigrantes (en particular, en las turcas), lo que afecta a los hijos, reforzando el riesgo de que ellos mismos lleguen a ser jóvenes y adultos violentos (BAIER ET AL., 2009). Finalmente, las víctimas del tráfico de seres humanos han constituido también un tema de preocupación, en el que se confunden varios problemas sociales especialmente sensibles: la prostitución, la inmigración ilegal y el crimen organizado (ALBRECHT, 2007).

El riesgo de que los extranjeros se conviertan en víctimas de delitos fue estudiado por vez primera, sobre la base de estadísticas policiales, en los años '90 en Bayern (LUFF/GERUM, 1995: 48). El resultado de este estudio fue que la proporción de extranjeros sumaba el11o/o del total de las víctimas contabilizadas en las

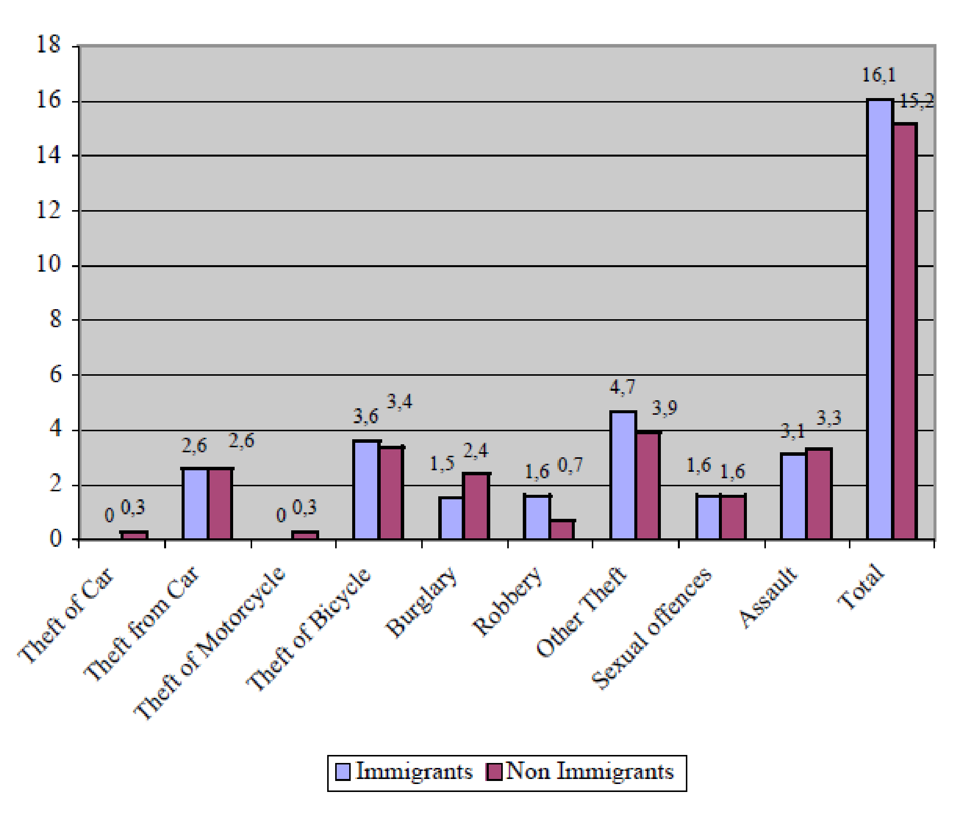
[9] Vid., por ejemplo, EICHENHOFER, 1999.

estadísticas policiales. Para varias nacionalidades la tasa de victimización violenta es 2 a *5* veces superior a la correspondiente a las personas de nacionalidad alemana (LUFF/GERUM, 1995: 176). Un estudio relativo a cuatro distritos policiales halló un 54o/o de víctimas extranjeras en delitos de homicidio/asesinato, y una tasa elevada de victimización de extranjeros en agresión sexual y lesiones (casi el 30% de los sujetos pasivos de dichos delitos son extranjeros) [LUFF/GERUM, 1995: 172].

Puede asumirse además que las denuncias por delito de los extranjeros están fuertemente condicionadas por el estatuto inmigratorio, ya que los ilegales suman el 0'5% de todos los ilícitos denunciados por extranjeros (LUFF/GERUM, 1995: 126), y los trabajadores migrantes residentes están sobrerrepresentados entre las que víctimas conocidas por la policía.

Los datos del *European Crime Survey* de 2005 ofrecen por vez primera información sobre las tasas de victimización a nivel nacional, en una muestra representativa que incluye inmigrantes. De acuerdo con estos datos (n=2000, entrevista telefónica), las tasas de victimización son aproximadamente las mismas para inmigrantes y no inmigrantes, en relación con un grupo de infracciones contra la propiedad y contra las personas.

Graph 4: Prevalence Victimization (last 12 months) Among Immigrants and Non-Immigrants in Germany



Fuente: EUROPEAN CRIME SURVEY, 2005.

Alemania ha implantado y desarrollado instrumentos orientados a la contabilización de la delincuencia racista (xenófoba, antisemita), lo que ofrece una base para el cálculo del volumen de esa criminalidad.

Resumiendo los datos disponibles sobre la violencia racial, podrían afirmar- se varias conclusiones. En primer lugar, concurre el problema general de todas las estadísticas policiales sobre criminalidad: dependen de las denuncias de las víctimas y de los recursos invertidos en investigar la criminalidad sin víctimas (como, p. ej., la provocación al odio racial mediante internet, u otros delitos de propaganda), lo que afecta particularmente a la criminalidad xenófoba, en la que el problema específico de establecer los motivos crea incertidumbres adicionales. No existen datos disponibles sobre violencia xenófoba ejercida por determinados

profesionales, como la policía o los funcionarios penitenciarios[10]. La información en este ámbito proviene casi exclusivamente de informes de las ONGs, así como de los medios de comunicación[11]. No existen datos policiales sobre situaciones de violencia racista relativa a programas, o a otras formas de violencia colectiva, organizada o no.

La estructura de los delitos racistas registrados por la policía refleja las defunciones empleadas, así como los procedimientos de recolección de datos. No obstante, en general las estadísticas policiales muestran que la mayoría de las infracciones racistas está constituida por delitos de propaganda, y por hechos de acoso o amenaza. En relación con Alemania, se considera que hubo un incremento de la violencia racial a comienzos de los años '90. El incremento parece estar relacionado con el auge de los partidos y las organizaciones extremistas, así como con los discursos políticos sobre los «problemas» del asilo y de la inmigración. La evolución de la violencia racista está sujeta, evidentemente, al auge y al declive de olas de violencia, que podrían ser explicados como consecuencia de campañas violentas de diversos grupos extremistas, de los efectos movilizad ores de conflictos violentos internacionales, y de un comportamiento de emulación. Los hechos más relevantes en términos de violencia extrema y espectacular a comienzos de los años '90 (Rostock/Lichtenhagen y Hoyerswerda, por ejemplo[12]) se considera que fueron generados por un proceso de reforzamiento de la violencia por parte de instancias mediáticas y políticas, que sirvió para dar forma a la agresividad xenófoba en un contexto de discursos legitimadores (relativo a políticas de asilo) [OHLEMACHER, 1998; LÜDEMANN, 1992].

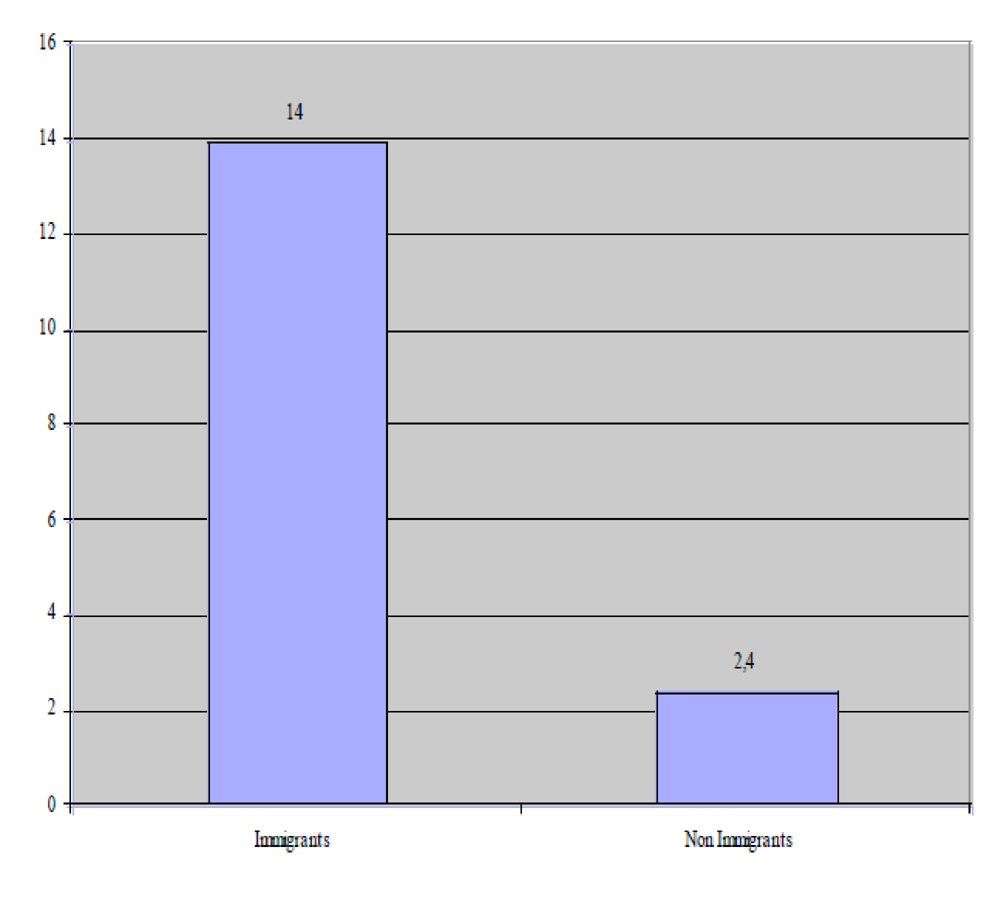
El mencionado *European Crime Survey* de 2005 incluyó por vez primera variables orientadas a identificar la criminalidad xenófoba. A los entrevistados se les pidió información sobre las motivaciones discriminatorias de los infractores. De este estudio puede concluirse que los recuentos oficiales de la violencia racial minusvaloran seriamente la extensión del fenómeno. Aunque las tasas de victimización globales no son diferentes para inmigrantes y no inmigrantes, una proporción significativamente mayor de los hechos victimizadores es percibida por los inmigrantes como motivada por la xenofobia.

---

[10] Sobre los problemas para la elaboración de datos en este ámbitos, vid. en particular JOBARD, 2001; BUSCH, 2000. Los informes del Comité contra la Tortura del Consejo de Europa han puesto de relieve de forma reiterada el singular riesgo que afrontan las personas detenidas de ser objeto de maltrato y abusos durante la detención; vid., por ejemplo, COMITÉ DE PREVENTION DE LA TORTURE, 1991; FELTES, 2006.

[11] AKTION COURAGE-SOS RASSISMUS, 1999; *AI Report 2001-Gemzany* (www.amnesty.org).

[12] Para un introducción a la materia, vid. ESSER, 1999



Fuente: EUROPEAN CRIME SURVEY, 2005.

La criminalidad motivada por el racismo genera un impacto mayor en los sentimientos de seguridad, en la vida comunitaria y en la existencia individual, que la delincuencia ordinaria. La principal preocupación derivada de tales delitos proviene del hecho de ser cometidos contra individuos como consecuencia, exclusivamente, de que pertenecen a un grupo visible en la sociedad, así como de su potencialidad de incremento de los conflictos sociales, y de alteración de la paz pública y del orden social.

Conclusiones

Alemania ha experimentado un fenómeno inmigratorio de gran alcance en las últimas décadas. Un volumen muy relevante de inmigrantes vive en condiciones de precariedad económica y social, que les exponen a tasas desproporcionadas de desempleo, entre otros problemas. Los inmigrantes se hallan concentrados en las grandes ciudades.

La integración de los inmigrantes es uno de los temas más relevantes de la agenda política. Los cambios recientes en los estudios sobre microcensos han producido un mayor conocimiento del volumen de los grupos inmigrantes y de los problemas que les afectan. Sobre la base de las estadísticas policiales puede comprobarse una elevada tasa de participación criminal, en particular de los grupos de jóvenes inmigrantes. La criminalidad violenta, y la delincuencia crónica, se han convertido en temas de singular preocupación política. Los estudios de autodenuncia muestran en general que los jóvenes inmigrantes no se diferencian de sus coetáneos autóctonos en lo que se refiere a los delitos contra la propiedad. Sin embargo, se ha demostrado, de forma continuada en el tiempo, y por medio de diversos estudios de autodenuncia, que los hechos graves de violencia son más frecuentes entre algunos grupos de jóvenes inmigrantes.

Las percepciones de discriminación son prevalentes, de forma acusada entre los jóvenes turcos. La confianza en la policía (y en otras instituciones) no es, sin embargo, tan diferente de la que muestran otros jóvenes inmigrantes y la juventud alemana. Una excepción es Berlín, donde la segregación es más visible, y la desconfianza en la policía más pronunciada. Aunque las tasas de violencia entre la juventud masculina turca son mayores que las que presentan los jóvenes alemanes u otros jóvenes inmigrantes, no se han producido durante las últimas décadas hechos de violencia o disturbios a gran escala. Las tasas de victimización no presentan diferencias en Alemania entre inmigrantes y no inmigrantes, como muestra un reciente estudio. No obstante, una proporción sustancial de los inmigrantes percibe que sus victimarios actúan por motivos discriminatorios. Singulares ámbitos de victimización han sido puestos de relieve durante las pasadas décadas. Entre ellos encontramos los homicidios por honor y los matrimonios forzados, el tráfico de seres humanos y la criminalidad xenófoba. Prestar especial atención a estas cuestiones refuerza la visión problemática de la inmigración, y la percepción pública de que ciertos grupos de inmigrantes muestran claros signos de alteridad y son potencialmente generadores de conflictos sociales y culturales.

XI. Securitización*

María Laura Böhm

Resumen

Objeto del presente texto es la política criminal establecida hoy en clave de Seguridad, es decir, cuyo objetivo primordial es el combate de la inseguridad antes que la prevención y sanción de acciones delictivas. Luego de una *advertencia preliminar* (1.) se va a exponer el concepto de la *Securitization* (2.), para luego evaluar sus implicaciones en el sistema y el derecho penal (3.) y las críticas que desde este discurso pueden presentarse al concepto de la Seguridad (4.). Se expondrán en los apartados subsiguientes ejemplos de securitización en el ámbito alemán (5.), y se mencionarán luego casos que podrían considerarse ejemplos de políticas securitizantes en el ámbito americano (6.). Por último se ofrecerán algunas reflexiones para futura discusión (7.).

1. Introducción

Desde hace ya algunos años la cuestión de la Seguridad ha pasado a ser parte de la agenda político-criminal, de la agenda de las comisiones penales en los Congresos y de la agenda de los tribunales ordinarios y constitucionales. Reformas legislativas y controles de constitucionalidad ya no quedan satisfechos si estudian la necesidad político-criminal (propiamente dicha) de la medida o reforma que se esté evaluando. Los operadores políticos y judiciales se ven una y otra vez obligados (¿o tentados?) a incluir en las argumentaciones la necesidad de la reforma o la

---

* Texto originalmente publicado en: *RP (*España) Nro. 32 (Julio 2013), pp. 72-90.

adecuación de una nueva norma al texto constitucional, arguyendo que "razones de seguridad" (seguridad pública, seguridad del Estado, seguridad de la población, seguridad de los mercados… etc.) lo requieren. Pareciera existir una autojustificación que facilita la comunicación de la sociedad hacia los agentes políticos, y de los agentes políticos hacia la sociedad: "Si la *Seguridad* lo requiere, entonces sí…". Se muestran todos de acuerdo y se acabó la discusión.

El problema es que esta inclusión del discurso[1] de la Seguridad dentro del ámbito penal genera muchos desajustes, en principio meramente teóricos y/o conceptuales, pero que indefectiblemente repercuten, o se corporizan, diría más bien, en todos aquellos sujetos directamente afectados por las transformaciones en el sistema penal, así como en todo otro ciudadano, habitante o visitante que en forma indirecta también queda inmerso en las prácticas y discursos de Seguridad. Las garantías constitucionales del proceso penal, el concepto de privacidad, el valor dado a la libertad individual, la idea de sociedad abierta, las relaciones inter-género, las necesidades y dificultades de los grupos etarios más jóvenes de la sociedad… por sólo dar algunos ejemplos, se ven re-articulados, re-definidos y re-interpretados desde la perspectiva del discurso de la Seguridad. Como penalistas, criminólogos y estudiosos de las ciencias criminales y la "cuestión" criminal en general tenemos entonces un problema muy actual, que nos obliga a estudiar más a fondo, y muy críticamente, esta cuestión.

[1] El término discurso es utilizado aquí con una doble connotación. Por una parte se sigue la vertiente derridiana de su estudio, según la cual el discurso es algo así como un "ensamble diferenciado de secuencias de sentido en las cuales el significado es permanentemente renegociado" (TORFING, Jacob. *New Theories of Discourse. Laclau, Mouffe and Žižek*. Cornwall: Backwell, 1999, p. 85), es decir, como campo de sentido abierto, contingente, y en constante transformación. Por otro lado, es utilizado el término discurso en el sentido foucaultiano del mismo, que reenvía no ya a la importancia semántica, sino a la relación de lo dicho y la verdad, y así, a las distintas formas de circulación de ideas sea en forma escrita, hablada, ilustrada, etc. De acuerdo a la forma en que algo es presentado, dicho, escrito etc., es tenido o no por verdadero, de acuerdo a la posición (de poder) del sujeto hablante, escribiente etc. De esta manera el *discurso* de la Seguridad se refiere tanto a la utilización de términos referenciados unos a otros (inseguridad-seguridad-defensa-sistema penal-derecho penal etc.), como a la circulación de estos términos y a las construcciones que a partir de tal circulación tienen lugar. Para una profundización de estas dos variantes de la idea del discurso, y su utilización conjunta como herramienta metodológica véase BÖHM, María Laura. *Der 'Gefährder' und das 'Gefährdungsrecht' – Eine rechtssoziologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgerichts über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung*. Göttingen: Universitätsverlag Göttingen, 2011, p. 65 ss., con más referencias.

Con el término Seguridad en el presente texto no se designa la idea que se ha extendido en los últimos tiempos en América Latina cuando se reclama la disminución de los delitos comunes, violentos, cometidos mayormente en la vía pública por varones jóvenes de barrios marginales. Con este término se hace referencia aquí a un concepto más amplio utilizado también en Europa y Estados Unidos como "aquello" (la Seguridad) que se ve amenazado por el terrorismo, por la inmigración, por el crimen organizado, por los extremismos, por la violencia juvenil etc. Es decir, se trata de ese concepto difuso que es definido habitualmente sólo mediante la remisión a su negativa (la *no* seguridad o *in*seguridad).

A modo de advertencia preliminar, debe indicarse a aquellos lectores penalistas fuertemente dogmáticos que ya en estos primeros párrafos del texto consideren que el avance del discurso de la seguridad es de sencilla limitación mediante una buena dogmática penal, y que por lo tanto entiendan que no existe mayor dificultad al respecto – de estos penalistas he encontrado muchos en los distintos ámbitos de discusión de estas cuestiones, y debo decir que pueden resultar ciertamente irritantes –, me permito dedicar unas breves líneas a modo de advertencia o alerta respecto de esta confianza. Para ello tomaré el caso de Alemania por ser uno de los países con mayor influencia dogmática en el ámbito hispanoparlante, por ser el ámbito que he podido estudiar en los últimos tiempos y que, ciertamente, brinda un ejemplo acabado de la tensión entre los discursos de seguridad y la dogmática penal.

Así como Alemania ha desarrollado y exportado una magnífica (y casi manierista) dogmática penal, lo cual sigue haciendo hasta el presente, también se han desarrollado en el ámbito alemán y exportado luego a nivel internacional – fundamentalmente en medios hispanoparlantes – conceptos centrales que han contribuido directa o indirectamente a la reformulación del sistema penal en clave Seguridad. En líneas generales, puede pensarse por ejemplo el término Seguridad en alemán, *Sicherheit*, el cual es conocido más allá de las fronteras alemanas sin necesidad de traducción, por la amplitud y fuerza conceptual que reúne, más impactante que la idea en inglés de *security* (que es sólo uno de los distintos aspectos de la *Sicherheit*, ya que esta última también contempla a la *certainty* y la *safety* del idioma inglés[2]). El concepto del Derecho Penal del Enemigo, el *Feindstrafrecht* de Günther Jakobs, por su parte, ha trascendido rápidamente las fronteras de Alemania, aún cuando su propio creador tiene reservas en cuanto a las posibilidades de su traslado y su utilidad fuera del ámbito alemán en que fue pensado.[3] También la noción de la Seguridad como un derecho fundamental,

[2] Cfr. sobre estos conceptos BAUMAN, Zygmunt. *In Search of Politics*. Oxford: Polity Press, 1999, p. 63.

[3] Así lo ha manifestado Jakobs en una entrevista que ha brindado a miembros del *GLIPGö* (Grupo Latinoamericano de Investigación Penal Göttingen) el 5 de septiembre de 2011 en ocasión de su visita a la Universidad de Göttingen como docente en la Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática penal alemana llevada a cabo en dicha Universidad del 5 al 16 de septiembre de 2011. La

planteada por Josef Isensee en su obra *El derecho fundamental a la Seguridad. Sobre los deberes de protección del Estado constitucional liberal (Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates)* en que la Seguridad se presenta como derecho constitucional implícito, fue presentado hace casi tres décadas y ha vuelto a adquirir importancia en los últimos años.[4] Lo mismo sucede con la idea de la sociedad del riesgo, la *Risikogesellschaft* del alemán Ulrich Beck,[5] la cual se planteó como concepto sociológico para pensar los desafíos del desarrollo tecnológico a fines del siglo XX y devino luego en esquema y fundamento para el diseño de políticas criminales preventivas, que tienen por fin último la seguridad más allá de todo riesgo; el concepto de la sociedad del riesgo se planteó de esta manera hace dos décadas y media, y es repensado y aplicado hoy con igual o más entusiasmo que en sus orígenes, también dentro y fuera de Alemania.[6]

entrevista se encuentra publicada en el tercer número del *Boletín Semestral GLIPGö* (mayo 2012) <http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/component/option,com_docman/Itemid,71/gid,240/task,cat_view/>.

4 ISENSEE, Josef. *Das Grundrecht auf Sicherheit*. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungs-staates, Berlin/ New York: Walter de Gruyter, 1983. Véase asimismo para la actualización de estas ideas originales, también de ISENSEE: Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutz-pflicht. En: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, Vol. V. München: C.F.Müller Juristischer Verlag, p. 143-241 (§ 111), 1992; *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Berlin: Duncker & Humblot, 2da. Ed., 2001; y Der Verfassungsstaat als Friedensgarant. En: Rudolf MELLINGHOFF/ Gerd MORGENTHA-LER/ Thomas PUHL (comp.): *Die Erneuerung des Verfassungsstaats*. Heidelberg: Müller, 2003. Para una renovada visión de este derecho y su análisis también a nivel europeo cfr. MÖSTL, Markus. *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung: Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2002.

5 BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1986.

6 Véase para la actualización de las ideas originales BECK, Ulrich. *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1988 y del mismo autor: Risk Society Revisited: Theory, Politics and Research Programmes. En: Barbara ADAM/ Ulrich BECK/ Joost VAN LOON (comps.): *The Risk Society and Beyond. Critical Issues for Social Theory*. London [u.a.]: Sage, p. 211-229, 2000. Para una mayor profundización entre nuevos conceptos de sociedad de riesgo, política criminal y seguridad véase BÖHM, *supra* nota 1, p. 44 ss. con más referencias. Sobre las corrientes criminológicas que han hecho uso y/o analizado la lógica del riesgo en el ámbito de la política criminal véanse los trabajos centrales de FEELEY, Malcolm/ SIMON, Jonathan. The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications. *Criminology* 30, p. 449-474, 1992, y, de los mismos autores: Actuarial Justice. The Emerging New Criminal Law. En: David NELKEN (comp.): *The Futures of Criminology*. London [et al.]: Thousand Oaks, p. 173-201, 1994. También HAGGERTY, Kevin D. From Risk to Precaution: The Rationalities of Personal Crime Prevention. En: Richard V. ERICSON/ Aaron DOYLE (comps.): *Risk and Morality*. Toronto [u.a.]: University of Toronto Press, p. 193-214, 2003. Para un análisis de los usos del riesgo desde la perspectiva de la gubernamentalidad foucaultiana véase SAN MARTÍN SEGURA, David. Gubernamentalidad y control del riesgo – Una interpretación del auge del paradigma actuarial en el control social. En: Ignacio MUÑAGORRI/ Juan PEGORARO (comp.): *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*. Madrid: Dykinson, p. 127-148, 2011.

En definitiva, mientras que por una parte la dogmática alemana procura sentar límites calculados milimétricamente frente al avance del sistema punitivo, por otro lado se desenvuelven en terreno alemán conceptos y teorías que son tenidas luego por base para el avance del sistema punitivo y de las políticas que lo concretan. Como veremos en próximos ejemplos, esto sucede hoy desde las universidades que evalúan criterios de ampliación de la intervención penal en miras a la obtención de seguridad, desde el Parlamento Federal alemán (*Bundestag*) que sanciona figuras penales difusas y plantea reformas procesales destinadas a la provisión de seguridad por parte del sistema penal o incluso desde el Tribunal Constitucional alemán (*Bundesverfassungsgericht*) mediante la reformulación de contenidos de los derechos fundamentales sentados en la Constitución ampliándose de esta manera los ámbitos de intervención del poder punitivo. Políticas criminales *de Seguridad*[7] se desarrollan en Alemania con igual o más fuerza que aquella dogmática cuidadosa que pretende limitarlas, y se expanden sin lugar a dudas también al ámbito académico hispanoparlante. Una fe acrítica en el poder limitador de la dogmática, incluso de la dogmática alemana, sólo habilita y hasta fomenta la continua expansión del discurso de la seguridad en el ámbito penal, porque esa misma dogmática queda generalmente inmersa en las aguas de ese discurso. Y considero que esto debe evitarse.

2. Securitization

A) Origen y desarrollo del concepto en el ámbito de las relaciones internacionales

El concepto *securitization* fue desarrollado por Barry Buzan, Ole Waever y Jaap de Wilde en su obra *Security: A New Framework for Analysis.*[8] Estos autores son teóricos de las relaciones internacionales y tomaron por base de estudio y aplicación de su idea precisamente el ámbito de las relaciones exteriores entre Estados nacionales. La idea central de la securitización (término que sugiero para su uso en español) consiste en identificar una causa plausible, real o construida, de amenaza, de manera que ésta pueda ser presentada públicamente como objeto a combatir, quedando habilitados los medios legales, e incluso los medios hasta el momento no legales, para la neutralización de la amenaza en cuestión. La esencia de los procesos de securitización reside precisamente en que no sólo los medios legales, sino que

---

[7] Sobre el concepto políticas criminales de seguridad (*Sicherheitskriminalpolitik*) como par complementario de las políticas criminales de libertad (*Freiheitskriminalpolitik*) véase BÖHM, María Laura. Sicherheitskriminologie. Freiheitskriminologie. En: Rebekka HEINRICH/ Juleka SCHULTE OSTERMANN (comps.): *Im Gespräch. Zur Aktualität der Kriminologie. Tagungsband. Praxis, Forschung, Kooperation. Gegenwärtige Tendenzen in der Kriminologie.* Frankfurt: Verlag für Polizeiwissenschaft, p. 233-251, 2006; y de la misma autora: Políticas Criminales Complementarias. Una perspectiva biopolítica. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal. Colección Criminología, teoría y praxis* (Ad Hoc), N° 4, p. 69-106, 2007.

[8] BUZAN, Barry/ WAEVER, Ole/ DE WILDE, Jaap. *Security: A New Framework for Analysis*. Boulder, CO: Lynne Riener, 1998.

incluso aquellos que estaban considerados ilegales, pasan a ser habilitados como válidos y legítimos por la (presunta, supuesta) absoluta necesidad generada por la amenaza existencial que puede representar otro Estado. De esta manera, mediante medidas de excepción lo ilegal deviene legal.

Con posterioridad a la publicación del libro mencionado, se conformó en Europa el *C.A.S.E. Collective*[9], un colectivo de investigadores activos en aulas, revistas y foros, y que siguen básicamente tres corrientes. Las dos primeras: La corriente danesa, con centro originario en el *Copenhagen Peace Research Institut* (COPRI, en funciones entre 1985 y 2004), y la corriente inglesa, con centro en la Universidad de Aberystwyth. Ambas pertenecen al ámbito de las relaciones internacionales, dedicadas al estudio del tema seguridad entendida como seguridad internacional, enfocada así a estudios estratégicos e investigación sobre la paz. La tercera corriente, la francesa, con centro en París, no tenía su base originaria en las relaciones internacionales – aunque también se basó en el estudio de ellas –, sino más bien en la sociología política, la sociología de la migración, la criminología y el derecho. El *C.A.S.E. Collective* se fue conformando como escenario de intercambio y discusión, desde donde estas distintas pero todas críticas perspectivas se entrecruzaban para tratar los bloques conceptuales y normativos de "seguridad" que desde los años setenta y ochenta del siglo XX se fueron instalando en Europa. En especial la idea o el concepto de *securitization* estuvo en el centro de su atención. El colectivo intercambió textos, revistas, y se reunió en distintos workshops y conferencias desde el año 2006, publicando incluso ese año un Manifiesto[10] en que se trabajaron detalladamente desde distintas perspectivas las posibilidades discursivas y analíticas del concepto de la securitización, ya no sólo en el campo de las relaciones internacionales, sino también en muchos otros como la política en general, las ciencias del medio ambiente, los riesgos cibernéticos, el cambio climático, y claro, también, el sistema penal. En este Manifiesto se sopesan detenidamente los riesgos de sobrevalorar la utilidad analítico-crítica del concepto securitización, y del concepto mismo de la Seguridad.

La idea del colectivo y su manifesto puede resumirse en dos objetivos principales: *primero*, reunir y revisar los estudios existentes sobre seguridad y *securitization* en Europa, fundamentalmente a partir del cruce de los estudios de estas tres corrientes; y, *segundo*, presentar una plataforma interdisciplinaria de identificación y denuncia de la despolitización que se evidencia en los ámbitos tanto social como académico al tratarse en ellos cuestiones relativas a la Seguridad. El objetivo en este sentido es *politizar* el debate científico, es decir, presentarlo como contrapuesto a

[9] C.A.S.E. es la sigla de *Critical Approaches to Security in Europe* (*Colectivo de Enfoques Críticos sobre la Seguridad en Europa*).

[10] C.A.S.E. COLLECTIVE. Critical Approaches to Security in Europe: A Networked Manifesto, *Security Dialogue* vol. 37(4), p. 443-487, 2006.

los estudios sobre Seguridad que se mantienen en la idea de una ciencia valorativamente neutra y que pretenden por tanto poder desarrollar estudios en el ámbito político pero carentes de valoración política. La idea de que en todos los ámbitos científicos, pero en particular en estudios de política, la ciencia debe tomar parte como medio de lograr la emancipación respecto de prácticas securitizantes, es el norte de este colectivo y de su manifiesto, que analiza las más actuales teorías en el ámbito de la seguridad. Ese norte es también guía de las ideas aquí desarrolladas.[11]

B) Concepto

La securitización de Buzan, Waever y de Wilde, como fue bien sintetizado por Williams, describe *"procesos en los cuales el 'acto de habla' de etiquetar un tema en forma social y políticamente exitosa como un 'tema de seguridad', desplaza a este tema de seguridad del ámbito normal de la política del día a día, colocándolo como 'amenaza existencial', que evoca y justifica medidas extremas."*.[12]

La teoría de la securitización se basa en el concepto de *acto de habla*, y entiende que los temas de seguridad son el resultado político del poder o fuerza *ilocutoria* de los agentes de seguridad.[13] Según Austin, lingüista que formuló la idea de los actos ilocutivos en su obra *How To Do Things With Words?* [14], éstos son aquellos que "hacen cosas" mediante palabras. Por ejemplo, mediante las palabras "¿quién quiere una taza de café?" se "hace" un ofrecimiento, queda constituido como tal. Lo mismo sucede en las acciones de prometer, jurar, suplicar, preguntar u ordenar, mediante las cuales se "hacen" promesas, juramentos, súplicas, preguntas u órdenes por la mera pronunciación de palabras. Se trata de *actos de habla* porque en sí mismos constituyen un acto y generan una transformación en la interrelación de los hablantes, y del entorno. Por este motivo una de las formas más efectivas de analizar los temas de seguridad y concretamente los procesos de securitización, teniendo en cuenta esta base teórica, es mediante el estudio de las prácticas

---

[11] El presente trabajo es consecuencia mediata de la participación que he tenido en representación de la academia alemana en los workshops del *C.A.S.E. Collective* que tuvieron lugar en noviembre y diciembre de 2007 en Odense/Dinamarca y en Keele/Inglaterra, en los cuales las inquietudes y preocupaciones de investigadores europeos hicieron palmaria la necesidad de un enfoque mucho más abarcativo e interdisciplinario en los estudios (de resistencia) de la cuestión "seguridad".

[12] WILLIAMS, Michael C. Modernity, Identity and Security: A Comment on the "Copenhagen controversy". *Review of International Studies* 23(3), p. 435-440, 1998, p. 435 (Original en inglés: "processes in which the socially and politically successful 'speech act' of labelling an issue a 'security issue' removes it from the realm of normal day-to-day politics, casting it as an 'existential threat' calling for and justifying extreme measures").

[13] Cfr. BUZAN/ WAEVER/ DE WILDE, *supra* nota 8, *passim*; C.A.S.E. COLLECTIVE, *supra* nota 10, p. 448.

[14] AUSTIN, John L. *How To Do Things With Words.* Oxford: Clarendon, 1962 (Obra disponible en castellano: *¿Cómo hacer cosas con palabras?*).

discursivas en los diferentes sectores de seguridad (proyectos de ley, sentencias, decretos, discusiones parlamentarias, etc). Se trata de observar los mecanismos y efectos políticos del discurso, de estudiar cómo se hacen cosas mediante la enunciación de ciertas palabras.

Los procesos de securitización, de acuerdo a la descripción señalada líneas arriba, pueden tener distintos "objetos de referencia" (*"referent objects"),* dependiendo de si pertenecen a la esfera económica, ambiental, política, militar o social, las que son llamadas "sectores".[15] Esta división en sectores permite una cierta sistematización al momento de estudiar el objeto de referencia en cuestión. Pero debe tenerse en cuenta, como los propios autores reconocen, que *cualquier tema puede verse securitizado*[16]. Sólo deben darse algunas condiciones para que esto suceda. Únicamente si la demanda de tratar algo con medidas excepcionales es aceptada por una "audiencia relevante" – social y políticamente atendible –, la "movida securitizante" ("*the securitizing move"*), o sea, el mero reclamo, va a convertirse en una securitización exitosa en el sentido de que las medidas excepcionales serán efectivamente habilitadas.[17] En el sector social, según los autores, el objeto de referencia es usualmente la identidad: Se plantea que la *identidad* ("objeto de referencia") está en peligro, y por lo tanto se la securitiza, lo que lleva a la adopción de medidas excepcionales respecto de aquello que es etiquetado de "amenaza existencial" respecto de ella. Esto explica la frecuencia con que los migrantes (en su rol de "amenaza existencial") son blanco de medidas excepcionales adoptadas en defensa de la identidad nacional ("objeto de referencia" securitizado); sumándose habitualmente a este objeto de referencia un segundo, propio del sector económico, como lo es el *trabajo*, que también suele ser presentado como amenazado por los migrantes.[18]

En el ámbito originario del concepto, el de las relaciones internacionales, el caso paradigmático para ejemplificar este proceso y resaltar tres de sus rasgos fundamentales, es la invasión a Irak por parte de los EE.UU. y sus países aliados.[19] Se presentó como plausible ante una audiencia relevante el que existieran en poder del gobierno irakí armas de destrucción masiva que estarían poniendo en peligro al mundo en general, y a EE.UU. en particular. La seguridad del mundo occidental se vio convertida en "objeto de referencia", se instaló el miedo en la comunidad política occidental mediante la construcción y difusión de esta idea como plausible,

---

15 C.A.S.E. COLLECTIVE*, supra* nota 10, p. 453.

16 BUZAN/ WAEVER/ DE WILDE*, supra* nota 8, p. 23 s.

17 C.A.S.E. COLLECTIVE*, supra* nota 10, p. 453.

18 *Ibid.*

19 Cfr. en detalle sobre este caso como ejemplo de securitización WERNER, Andreas. *Securitization als Diskurs* – der Kontext Akteur/Publikum am Beispiel der Irakkriege 1991 und 2003. Berlin: wvb, Wiss. Verl., 2008, p. 73 ss. (quien también analiza el concepto y su aplicación a la invasión a Irak 1990/1991, en pp. 45 ss.).

por lo que la existencia de tales armas de destrucción masiva en poder de Sadam Hussein devino en la representación colectiva en amenaza existencial, que debía ser neutralizada. El paso casi lógico a fin de evitar la concreción de la amenaza, fue la invasión de Irak. En este ejemplo se advierte un elemento central de los procesos de securitización: En la espiral ascendente de construcción de gravedad mediante el proceso discursivo, *sólo pueden securitizar un tema exitosamente aquellos que ya cuentan con acceso privilegiado al ejercicio del discurso, es decir, de reconocida autoridad*. A modo de contraejemplo sobre este punto, puede especularse que si hubiese sido Irak quien hubiese denunciado ante una audiencia política internacional relevante la posesión por parte de EE.UU. de armas de destrucción masiva dispuestas a ser utilizadas en contra del mundo y de Irak en particular, esto difícilmente hubiera llevado al apoyo de otros Estados y organismos internacionales frente a una invasión a EE.UU. por parte de Irak. Los procesos de securitización, por lo tanto, suelen tener una dirección única, que tiende a fortalecer la posición de poder de aquellos que ya lo ejercen con ciertos privilegios. Esto nos lleva a revelar un segundo rasgo distintivo: La securitización de un tema se dirige habitualmente a la *conservación y reforzamiento de relaciones de poder*, es decir, se dirige a sostener o mejorar la posición de poder político de quien pone en movimiento el proceso securitizante. Esto puede ser entendido en ciertos casos incluso como maniobra distractiva a fin de desviar la atención de la sociedad de temas políticamente *no solucionables*, a temas pretendidamente graves y *solucionables* a corto plazo. El tercer rasgo de los procesos securitizantes sale entonces a la luz: Sólo es securitizable con perspectivas de éxito un tema sobre el cual pueden ofrecerse pretendidas *soluciones de corto plazo*, para lo cual se alegará la necesidad de habilitar medidas excepcionales (aumento de presupuesto, habilitación de invasiones mediante resoluciones urgentes, reformas legislativas, ampliación de facultades en las fuerzas de seguridad, reducción de derechos constitucionales, etc.). Procesos securitizantes que requieran largos términos para la neutralización de la temida amenaza existencial, no resultan políticamente sostenibles, ni rentables.

En este contexto es interesante destacar tres ideas de la escuela de París respecto de los procesos de securitización, que considero que deben ser tenidos en cuenta al momento del análisis de las prácticas securitizantes. Se trata, en primer lugar, de entender a la seguridad no como un concepto con propia esencia, sino – siguiendo a Foucault – como una técnica de gobierno, es decir, como una forma instrumental de procurar la conducción de las conductas de los individuos; en segundo lugar, se propone que la atención del estudio no se centre en tratar de identificar las intenciones que podría ocultar quien ejerce el poder, sino en detectar los efectos que tiene el ejercicio de ese poder; y en tercer lugar, finalmente, propone esta escuela que no se focalice tanto la atención en los actos de habla propiamente dichos, sino en las prácticas, el público y el contexto que hacen posible y fuerzan la

producción de formas específicas de gubernamentalidad.[20] Si se atiende a que los procesos securitizantes son fundamentalmente políticos y si se reconocen los aspectos distintivos señalados en el párrafo anterior, resulta central, al momento de adentrarse en el estudio e investigación de estos procesos, el analizar tanto el discurso explícito, como los usos, prácticas y efectos de las movidas securitizantes respecto de quienes las proponen y de quienes se verían inmediatamente afectados por ellas – como sujeto protegido, o como objeto perseguido –.

C) Un proceso discursivo político, que instrumentaliza al sistema (¡y al derecho!) penal

Aplicando la teoría de la securitización en el campo político-criminal propongo llamar securitización al proceso discursivo por el cual un cierto objeto de referencia es declarado en peligro y necesitado de protección *mediante el sistema penal o para-penal* (es decir, no formalmente penal pero puesto en funcionamiento como anexo al sistema penal), y se persuade a la sociedad de ello. Un tema o ámbito es etiquetado como *cuestión de seguridad*: el terrorismo, el crimen organizado, el inmigrante indocumentado, el adolescente, el excluido social, el mapuche, el narcotráfico. Ese *tema de seguridad* presentado como amenaza existencial se refiere según el caso a un *objeto de referencia* que es considerado en peligro: la integridad física de los ciudadanos, la seguridad nacional, la fuente de trabajo de los ciudadanos *legales*, el libre mercado, la identidad, la salud pública, etc. Para la protección del objeto de referencia se habilitan medidas excepcionales para el combate de la amenaza, y estas medidas son adoptadas dentro del ámbito punitivo, es decir, mediante medidas de política criminal. El rol de las agencias de comunicación es central en los procesos de securitización, ya que son precisamente ellas las que posibilitan la transmisión y reproducción en una y otra dirección de miedos, intereses, reclamos, etc.[21]

El proceso de securitización es así, también en el ámbito interno, un proceso discursivo político, en este caso concretado en el discurso político-criminal. Esto significa entonces que no toda cuestión es securitizable. Si se presenta como amenaza algo o alguien que no puede ser aplacado, el apoyo de la sociedad se desvanecería abruptamente, y los actores políticos involucrados saldrían perjudicados. Por ello la cuestión a securitizar debe ser políticamente manejable, y redituable. Declarar abiertamente en la arena política, por ejemplo, que la pobreza es una amenaza existencial para el crecimiento sano de una sociedad y de sus

---

[20] Cfr. C.A.S.E. COLLECTIVE*, supra* nota 10, p. 45 7, con más referencias sobre los distintos autores que han promovido la propuesta de estos tres desplazamientos.

[21] En este punto es obligatoria la referencia al concepto de la criminología mediática explicado por ZAFFARONI *(La palabra de los muertos* – Conferencias de criminología cautelar. Buenos Aires: Ediar, 2011, p. 365 ss.), que también estudia la relevancia del rol de los medios en la "información, subinformación y desinformación" (p. 365) que los mismos generan en derredor de las cuestiones penales.

miembros, y prometer que será erradicada en provecho de todos, a pesar de ser materialmente cierto lo primero y políticamente loable lo segundo, parecería ser un intento condenado al fracaso. ¿Cómo cambatir la pobreza rápidamente? ¿Cómo proteger a la sociedad marginal de la amenaza que representan para ella un orden injusto y su violencia estructural, si no es cambiando precisamente ese (des)orden estructual? ¿Cómo redirigir los intereses del mercado a fin de reducir la exclusión de gran parte de la población, siendo que el Estado neoliberal no se permite dirigir políticas económicas ni poner límites a la ambición de los agentes activos en el mercado?[22] La seguridad y la securitización, por lo tanto, a fin de evitar suicidios políticos indeseados, vuelven a ser reducidas una y otra vez a cuestiones fácilmente simbolizables y relativamente manejables. En un ejemplo viable de securitización – de hecho ya existen casos de ello, como se verá –, puede plantearse a *las drogas* como amenaza existencial que afecta a la salud pública (objeto de referencia). De esta manera podría generarse en la sociedad una clara sensación de que algo se hace, y de que la amenaza se logra disminuir, con sólo poner en marcha medidas legales excepcionales y de intervención policial, operativos espectaculares y detenciones masivas de consumidores y pequeños proveedores. La fuerza discursiva del proceso securitizante es de tal envergadura, que quienes hayan intervenido en el proceso securitizante (de etiquetar a *las drogas* como *cuestión de seguridad*, por ejemplo) podrán salir al menos en el corto plazo políticamente beneficiados, aunque *las drogas* nunca hayan sido un problema existencial ni de seguridad, aunque la sociedad esté tan (in)segura ahora como antes, aunque las medidas adoptadas no hayan sido efectivas respecto de la salud pública, sino meramente simbólicas.

El sistema penal, siempre disponible e indudable portador de esa importante carga simbólica, es por lo tanto uno de los medios favoritos de los procesos de securitización. Criminalizar es simple y rápido. El gran problema reside en que luego de cada nuevo *securitization move* el sistema penal se deforma un poco más y el derecho penal debilita sus principios, redibuja los límites que impone al poder estatal. Se desfigura. Las movidas securitizantes acarrean visibles consecuencias negativas.[23]

---

[22] Sobre la interrelación entre políticas de seguridad y neoliberalismo véase BÖHM, María Laura. Políticas de Seguridad y Neoliberalismo. En: Armando FERNÁNDEZ STEINKO (comp.), *Crimen, finanzas y globalización,* Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2013 (en edición).

[23] La *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* en diversos informes relativos a la Seguridad, los sistemas penales juveniles, el punitivismo y los Derechos Humanos en América Latina ha manifestado reiteradamente que el enfrentamiento de grupos poblaciones con el pretendido objetivo de obtener seguridad tiene como consecuencia el aumento en los índices de violencia y de vulnerabilidad en los sectores poblaciones más desfavorecidos. Cfr. entre ellos "Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos" (OEA/Ser.L/V/II. Doc.57, del 31.12.2009); "Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas" (OEA Ser.L/V/II. Doc.78, del 13.07.2011).

3. Securitización y sistema penal: Construcción del enemigo como amenaza existencial

Los procesos de securitización que se desarrollan en el ámbito penal dan lugar a la construcción de "otros" y "enemigos" a nivel interno. Desde siempre se han perseguido enemigos a nivel interno.[24] Pero hoy, además son transformados en cuestión de seguridad y amenaza existencial mediante los medios propios del Estado de Derecho. El sociólogo inglés del control social, David Garland, describe las construcciones que se advierten en Inglaterra y Estados Unidos en las políticas de control social, dirigidas a la provisión de seguridad, y las denomina "criminología del otro extraño" ("*criminology of the alien other*"). El jurista alemán Günther Jakobs, como se mencionó al inicio, desarrolló la idea del Derecho Penal del Enemigo a partir de la descripción de la legislación alemana en ciertos campos, pero no se quedó en la descripción, sino que exige al Derecho Penal del Enemigo como medida de salvataje del derecho penal propio del Estado de Derecho, en pos de la Seguridad jurídico-institucional, del Estado y de sus ciudadanos.[25]

Me permito detenerme brevemente en algunas expresiones de David Garland, que ilustran la idea de la securitización, aunque no se la mencione explícitamente. Garland describe el par de contradictorios "criminología del otro" (*criminology of the other*)/ "criminología del sí mismo" (*criminology of the self*). La criminología del otro designa el conjunto de prácticas, discursos y mecanismos de política criminal que no se dirigen al ciudadano común, sino a aquellos que son identificados como portadores de peligro, como distintos a nosotros, como una amenaza al grupo social y, por tanto, como por fuera de ese grupo social; las medidas son en este caso de tipo expresivas y excluyentes, a través de las cuales el Estado pone de manifiesto que actúa para combatir peligros y para aislar a quienes no son aptos para la vida en sociedad[26].

[24] Véase por todos el estudio al respecto de ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal.* Buenos Aires: Ediar, 2006.

[25] Véase sobre los análisis de estos autores desde una perspectiva foucaultiana y con mayor detalle descriptivo, ya BÖHM 2007*, supra* nota 7; en particular sobre su utilidad para el análisis de la política criminal alemana, véase también BÖHM, María Laura. El *ente insecuritas* y la inseguridad del derecho penal – Reflexiones a partir del caso alemán. *Revista de Derecho Penal y Criminología* (Argentina), Año 2, Nro. 3 (abril), p. 156-180, 2012.

[26] GARLAND, David. The Limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society. *British Journal of Criminology* 36(4), p. 445-471, 1996, *passim.*

Tres pasajes ponen en evidencia la directa conexión entre el sistema penal, el requerimiento de seguridad, el control social excluyente,[27] y la idea de destrucción de la amenaza, que precisamente caracteriza a los procesos de securitización. David Garland no se refiere a ellos en forma explícita, pero están implícitos en su trabajo:

> "Michel Foucault (1977), en su descripción de la ejecución de Robert Damiens, mostró detallada y gráficamente qué duros solían ser los castigos como exhibición pública de un poder soberano, destinado a *reafirmar la fuerza de la ley y reactivar el mito de la soberanía*. Y no obstante John Major es más duro que Luis XV, cuando él o sus ministros adoptan la postura de ser 'duros con el delito' (*tough on criminals*), de 'condenar más y comprender menos' (*condemning more and understanding less*) (…), y cuando fomentan nuevos poderes para enviar ofensores a *boot camps* o a prisiones de máxima seguridad, o las penas perpetuas, están utilizando deliberadamente la misma *estrategia arcaica*. Una *muestra de fuerza punitiva* contra los individuos es usada para reprimir cualquier reconocimiento de la incapacidad estatal para controlar el delito y mantenerlo dentro de niveles aceptables. Una voluntad de deliberada crueldad punitiva al momento de condenar compensa mágicamente el *fracaso en la provisión de seguridad* a la población entera."[28]

Obsérvese que Garland entiende que la violencia del sistema punitivo es resultado de la inaptitud estatal para *proveer de seguridad* a la población. Me permito interpretar sus palabras a partir de la idea de seguridad integral: Si el Estado procurase la provisión positiva de seguridad en sentido amplio (salud, educación, trabajo, etc.), no se vería inclinado a atacar la amenaza que representan para él (y su soberanía) los excluidos de la sociedad. La actuación expresiva contra ellos mediante el sistema penal resulta sin lugar a dudas más expedita y simbólica que la actuación integral del Estado en procura de la Seguridad[29].

Sigue el próximo pasaje relevante:

> "Actualmente los intereses de los delincuentes condenados, cuando son contemplados, son visualizados como radicalmente *opuestos a* los del *público*. Si la

---

[27] Fundamental para el estudio del sistema penal como mecanismo del control social excluyente, CREMER-SCHÄFER, Helga. Einsortieren und Aussortieren: Zur Funktion der Strafe bei der Verwaltung der sozialen Ausschließung. *Kriminologisches Journal* 27, p. 89-119, 1995; y CREMER-SCHÄFER, Helga/ STEINERT, Heinz. Soziale Ausschließung und Ausschließungs-Theorien: Schwierige Verhältnisse. En: Helge PETERS (comp.): *Soziale Kontrolle. Zum Problem der Normkonformität in der Gesellschaft*. Opladen: Leske + Budrich, p. 43-64, 2000, ambos *passim*.

[28] GARLAND, *supra* nota 26, p. 460 (resaltado M.L.B.). Con la referencia a Foucault (1977) David Garland se refiere a la obra *Vigilar y Castigar*.

[29] Para un análisis detallado de la idea de Seguridad en el ámbito del Estado de Derecho, y en particular con primeros desarrollos de una idea integral del concepto de Seguridad, véase BARATTA, Alessandro. Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos. *El Cotidiano*, p. 2-24, 1998, *passim*.

> opción reside entre hacer que los delincuentes estén sometidos a mayores restricciones o exponer al público a un mayor riesgo, *el sentido común actual recomienda optar por la mayor seguridad*. Como consecuencia de esto, y sin demasiada discusión, los intereses del delincuente y hasta sus derechos habitualmente no son tenidos en cuenta."[30]

En este caso el "optar por la mayor seguridad" está utilizado en el sentido de la seguridad reducida a su máxima expresión, la seguridad de la integridad física en relación con los crímenes de la calle. Optar por la mayor seguridad parece implicar automáticamente el desmantelamiento de los frenos y principios impuestos al sistema penal. La amenaza existencial que los "criminales" representan, termina justificando estas medidas extremas. Los intereses individuales de los "criminales" son opuestos a los de la sociedad en general, es decir, son tratados como ajenos a esa sociedad. Esto mismo es lo que decía Günther Jakobs cuando reconocía que "El Derecho Penal del Ciudadano es el derecho de todos, el Derecho Penal del Enemigo es el derecho de aquellos que se enfrentan al enemigo; respecto del enemigo es sólo coerción física, y llega a ser guerra (…) El derecho penal del Ciudadano mantiene la validez de la norma, el Derecho Penal del Enemigo… combate peligros"[31]. Es sin lugar a dudas un ejemplo jurídico de la *criminology of the other*, propia de las prácticas obsesionadas por la Seguridad y habilitantes de medidas extremas.

Por último, unas reflexiones sobre estas medidas extremas:

> "Al igual que las sanciones premodernas de deportación o destierro, las prisiones funcionan ahora como una forma de exilio y el uso que se hace de ellas no está tan definido por el ideal de la rehabilitación como por un ideal al que Rutherford llama '*de eliminación*'."[32]

La "eliminación" de la amenaza, paso último de los procesos de securitización, está dado generalmente en las políticas de seguridad/criminales mediante el encierro-depósito, aunque otras medidas como la ejecución policial sin juicio (caso de los llamados "gatillo fácil" en diversos países latinoamericanos), o la detención y reenvío a países lejanos a fin de llevar a cabo interrogatorios ilegales también pueden colocarse en la lista. Por tomar sólo un par de casos alemanes, piénsese en el secuestro, traslado y torturas sufridos en Guantánamo por sospechosos de

---

[30] GARLAND, David. *La cultura del control.* Crimen y orden social en la sociedad contemporánea. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 294 (resaltado M.L.B.).

[31] JAKOBS, Günther. Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht - HHRS-*. März 2004, p. 88-95, 2004, p. 90.

[32] GARLAND*, supra* nota 30, p. 292 (resaltado M.L.B.).

terrorismo finalmente encontrados inocentes[33]. La eliminación, o neutralización se da en todos estos casos, aunque no sobrevenga a muerte.

Desarrollo del proceso securitizante en el ámbito de la política criminal

De acuerdo a lo dicho en este apartado y los anteriores, los pasos de los procesos de securitización en el ámbito de la política criminal y el sistema penal pueden resumirse del siguiente modo[34]:

Primero: Definición de un objeto de referencia. Un ámbito de conflictividad social es replanteado y un determinado grupo poblacional es presentado como vulnerable y desprotegido frente a dicha conflictividad. Ejemplo: Los jóvenes frente a las drogas.

Segundo: Transformación de la conflictividad en problema político. Se construye dicha conflictividad como cuestión de relevancia política que exige la acción estatal en protección del grupo de referencia. Ejemplo: Las drogas y los delitos de venta y tráfico de drogas abandonan el ámbito de los planes locales de salud pública o de los procesos penales para transformarse en tema de debate político de relevancia partidaria.

Tercero: Alcance de una audiencia relevante. El objeto de referencia y la amenaza a la cual está expuesto son presentados ante una audiencia relevante – ¡central en este paso el rol de los medios masivos de comunicación! – que resulta convencida de la vulnerabilidad del primero y de la inminencia de la segunda. Ejemplo: Se recoge, difunde y multiplica en los medios masivos de comunicación, y se instala en la discusión y en el reclamo público la necesidad de actuar frente el narcotráfico en protección de los jóvenes (y, habitualmente se expande, de la población en general).

Cuarto: Transformación del problema político en cuestión de seguridad. Luego de que la cuestión ahora de relevancia política y de interés público ha quedado

---

[33] El alemán-libanés Khaled el-Masri fue secuestrado por la CIA por sospecharse su actividad como terrorista y fue trasladado a Afganistán, donde fue interrogado y torturado. Desde el 2007 se encuentra nuevamente en libertad. También el ciudadano de Bremen, Murat Kurnaz, estuvo detenido sin denuncia formal por más de cuatro años y fue interrogado en Guantánamo, entre otros, por funcionarios alemanes (véase al respecto el informe "Zurück aus Guantanamo" (24.08.2006), en: http://www.zeit.de/2006/35/Kurnaz (estado: 22.04.2013) (Ha habido incluso una página oficial en el sitio del *Bundestag*, la cual lamentablemente ya ha sido removida).

[34] Para la formulación de las distintas instancias de los procesos de securitización en el ámbito de la política criminal he tenido particularmente en cuenta ideas y comentarios que han surgido en el marco de las clases impartidas en el Programa Doctoral en Derecho Penal de la Universidad San Carlos de Guatemala en marzo de 2012. Vaya en estas líneas mi agradecimiento a los doctorandos que tan interesadamente han participado de estas discusiones.

suficientemente planteada, la misma se transforma (bajo la fuerza de los procesos discursivos en juego) en una cuestión de seguridad. Ya no se trata de un problema político coyuntural, sino de una situación de inseguridad que requiere acción inmediata. Ejemplo: Las actividades del narcotráfico se ven multiplicadas en los medios masivos de comunicación, en las discusiones particulares y en las presentaciones de agentes estatales, de modo que la inseguridad provocada por el narcotráfico escala en el imaginario público. Se instala la sensación de inseguridad respecto del narcotráfico.

Quinto: Transformación de la cuestión de seguridad en amenaza existencial. La escalación discursiva hace de la cuestión de seguridad un tema de vida o muerte, ya que el área a securitizarse es presentado ya no como amenaza a la seguridad de un grupo determinado, sino como verdadera amenaza existencial respecto de ámbitos más amplios de la población e incluso del Estado. Ejemplo: El narcotráfico es presentado no sólo como generador de inseguridad respecto de los jóvenes o la población general, sino que la violencia que desencadena y las estructuras criminales sobre las que se basa significarían (esto circula en los discursos políticos securitizantes) en una confrontación con el propio Estado, amenazando la existencia misma del orden institucional protector de la vida de la población.

Sexto: Habilitación de medidas excepcionales en el ámbito penal. El proceso securitizante resulta finalmente concluido cuando se reclama por parte de los agentes sociales e institucionales, en una suerte de retroalimentación discursiva, el combate de la amenaza existencial mediante la implementación de medidas excepcionales dentro del ámbito penal. Estas medidas excepcionales pueden consistir en una nueva legislación penal o procesal penal, en nuevas prácticas institucionales, en la ampliación de facultades policiales, en una reforma constitucional, etc. Se tratará en todos los casos de medidas que habilitan una actuación más agresiva del sistema punitivo, generalmente mediante la violación de derechos y garantías reconocidos en procesos penales regulares, con miras a la neutralización de la amenaza existencial, y que cuentan con generalizado apoyo de la sociedad general. Ejemplo: A fin de combatir la amenaza existencial que el narcotráfico representa para un Estado se decide la sanción de tipos penales especiales acompañados de procesos penales especiales, habilitándose incluso la intervención de fuerzas (también especiales) para la persecución y combate directo de los sospechosos.

Estas "fases" pueden pensarse en principio como cronológicamente consecutivas, si bien es claro que en los complejos procesos discursivos político-sociales las mismas se verán frecuentemente superpuestas y entrelazadas (al menos parcialmente). La diferenciación aquí propuesta tiene fines analíticos, ya que facilita un primer esquema para evaluar si un determinado proceso político-criminal puede ser o no considerado un proceso securitización.

4. Críticas al concepto de la Seguridad en el contexto de la Securitización

Se mencionan en los estudios del *C.A.S.E. Collective* fundamentalmente tres "trampas", que son base para las críticas que se realizan a la idea de seguridad, tal como es planteada en los procesos de securitización:

a. *Despolitización*: Si bien la securitización es un proceso político, legitima prácticas que despolitizan el enfoque sobre los objetos de referencia, o sea los objetos securitizados. La despolitización se produce porque se da preferencia a enfoques coercitivos, agresivos, que no dejan lugar a la discusión política. En este contexto, la idea de política debe ser entendida en los términos expuestos por Hannah Arendt, es decir, como espacio de ejercicio de libertad[35] y no como lo hacía el jurista Carl Schmitt, quien entendía que la esencia de la política consistía en la demarcación entre el amigo y el enemigo, siendo este último aquel del que podía esperarse cualquier acto que representara una amenaza existencial.[36] Precisamente esta demarcación es la que se realiza mediante procesos de securitización y es la que en la crítica aquí reseñada se considera engañosa, puesto que traslada la discusión política a un campo discursivamente bélico, produciendo la despolitización de la temática.

b. *Insecuritización*: La despolitización conduce a la adopción de medidas de protección agresivas que provocan en la sociedad – la sociedad que deber ser protegida –, una mayor sensación de inseguridad: "tenemos que protegernos, es necesario defenderse, se necesitan medidas excepcionales…" se escucha decir a menudo en entrevistas a transeúntes sobre las medidas adoptadas. Es decir, el proceso de securitización lleva en sí mismo un proceso de insecuritización.

c. *Reproducción de la securitización*: Una tercera dificultad, tal vez más compleja que las anteriores porque se relaciona directamente con las posibilidades de identificación, estudio de los procesos de securitización y eventualmente con la resistencia desde la academia, es el hecho de que al estudiar un objeto securitizado, al destejer los hilos con los que fue securitizado, el mismo investigador queda en las manos de ese discurso, corriendo el riesgo de reproducir en forma no suficientemente deconstructiva el mismo fenómeno que pretende criticar. Ahora mismo, al analizar estas cuestiones, estamos reproduciendo y generando discusiones en torno al tema seguridad. La manera de no caer en esta "trampa", es entender el estudio del tema como base crítica para habilitar otras alternativas.

---

[35] ARENDT, Hannah. *Denktagebuch - 1950 bis 1973* (recop. por Ursula Ludz e Ingeborg Nordmann). München: Piper, 2002, p. 15 ss.

[36] SCHMITT, Carl. *Der Begriff des Politischen*, Berlin: Duncker & Humblot, 1963.

Estas tres trampas o dificultades son observadas fundamentalmente por aquellos que trabajan el concepto desde una visión foucaultiana, discursiva, de política social, y por aquellos (como la corriente de Copenhage y de Inglaterra) fusionadas e interrelacionadas en sus investigaciones con este enfoque. Sin embargo, los investigadores que siguen patrones más conservadores – si se me permite la expresión – de investigación, los *mainstream researcher*, que trabajan el tema de la securitización desde la perspectiva de las relaciones internacionales, las investigaciones sobre la paz (y los agentes políticos) siguen sosteniendo la necesidad y bonanza de la securitización de ciertas áreas que conllevan las intervenciones de paz en pos de la seguridad. Desde este ángulo de estudio e intervención la investigación es habitualmente muy empírica y poco discursiva. Se fomentan así intervenciones que despolitizan los conflictos aumentando el grado de violencia (impiden negociaciones, por ejemplo), que incrementan el grado de inseguridad percibido por la población a la cual se pretende proteger (la cual se ve a menudo sofocada y hasta agredida por los programas de paz[37]), y que vuelven a reproducir una y otra vez argumentos legitimantes de estas intervenciones.

5. Securitización en Alemania. Tres ejemplos

Se referirán en este apartado tres ejemplos que han tenido lugar en Alemania en los últimos años y que ponen de manifiesto la complejidad y el simbolismo existentes entre los discursos político-criminales, los discursos de seguridad y la generación normativa.

A) Internamiento preventivo aplicado con posterioridad a la imposición de la sentencia en el ámbito de los delitos sexuales y violentos.

La medida de internamiento preventivo aplicado con posterioriad a la imposición de la sentencia (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*) estuvo prevista en el § 66b StGB (*Strafgesetzbuch*, CP alemán) hasta el año 2011, en que fue parcialmente derogada. Esta derogación fue resultado de una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que condenó a Alemania en diciembre del 2009 porque había aplicado una medida de seguridad que implicaba una violación del derecho a la libertad y de la prohibición de irretroactividad de la ley penal (se había aplicado la medida agravada a quienes habían sido condenados con anterioridad a la incorporación de

[37] Piénsese, como ejemplo extremo, el caso del soldado norteamericano que el 10 de marzo de 2012 mató a dieciséis civiles afganos de la población en que estaba asentado su grupo, sin haber existido provocación para ello. Si bien no es un patrón que puede tenerse por base de un análisis, ya que ha sido un hecho aislado como muchos otros que, de similares características, pueden tener lugar en una escuela en Alemania o en un camping en Noruega, sí es una muestra de los efectos contraproducentes que puede tener sobre la población la excesiva presencia de actores que velen por su seguridad.

tal agravante) establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos.[38] El internamiento dispuesto con ulterioridad a la sentencia era una medida que podía imponerse al condenado poco tiempo antes de darse por cumplida su pena de prisión, es decir, justo antes de que el mismo estuviese por recuperar su libertad. Se establecía la posibilidad del internamiento preventivo – inmediatamente acoplado a la pena de prisión cumplida – de quienes habían sido condenados a prisión por delitos sexuales o altamente violentos (por ej. lesiones graves, homicidios con exceso de violencia etc.), y que podía imponerse en casos en los cuales distintos factores de riesgo se hubieran puesto de manifiesto durante el tiempo de cumplimiento de la pena e indicasen la inconveniencia para la seguridad general de que el sujeto fuera dejado en libertad. Distintos factores podían ser detectados y llevar a la imposición de la medida: el comportamiento en prisión, la relación que tuviera con los agentes del servicio penitenciario, el haber rechazado un tratamiento terapéutico, etc. Es decir, no existía vínculo directo entre el hecho delictivo originario y la decisión del internamiento. La medida había nacido como medida de emergencia destinada a la defensa (*Gefahrenabwehr*) en dos Estados federales[39] y aplicada a ocho detenidos concretos, y fue luego incorporada al Código Penal (§ 66b StGB[40]). Antes de que tal incorporación en el ordenamiento común se produjera, el Tribunal Constitucional se expidió sobre la medida y señaló que la misma, en miras a la seguridad de la población, era compatible con los principios y derechos establecidos en la Constitución, según la cual, la libertad individual *y* la seguridad general debían ser igualmente considerados; Según el Tribunal, los condenados que fueran considerados altamente riesgosos de acuerdo a las circunstancias legalmente previstas, representaban una amenaza concreta para la población.[41] Distintos casos de violencia sexual que habían tenido lugar poco antes de la discusión de esta medida en el Parlamento dieron estado público y una alta presencia mediática al tema, lo cual movilizó la producción de las leyes de emergencia primero, la sentencia del Tribunal Contitucional después, y finalmente la sanción de la nueva medida de seguridad, como respuesta insoslayable a la necesidad de aumento de la seguridad general. De no haber sido por la

[38] TEDH, *M. vs. Germany*, Fallo del 17.12.2009 (Apelación individual Nro. 19359/04, M. / Deutschland).

[39] Mediante las siguientes leyes: *Bayerische Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern (BayStrUBG) vom 24. Dezember 2001* (Ley de Bavaria sobre el internamiento de infractores de alta peligrosidad en especial situación de riesgo de reincidencia); y la *Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (UnterbringungsG – UBG) vom 6. März 2002* (Ley del Estado de Sajonia Anhalt sobre el internamiento de personas en especial situación de riesgo de reincidencia con el fin de la defensa de peligros severos para la Seguridad y el Orden públicos).

[40] Mediante la ley: *Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung* del 23.07.2004 (BGBl. I, p. 1838) (*Ley para la incorporación del internamiento preventivo impuesto con ulterioridad*).

[41] BVerfGE 109, 190, Fallo del 10.02.2004.

intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,[42] el ámbito de los delitos sexuales y altamente violentos continuaría securitizado mediante esta medida de internamiento preventivo pretendidamente excepcional, en una forma palmariamente violatoria de los principios *ne bis in idem*, de irretroactividad de la ley penal y de culpabilidad, entre varios otros.[43]

B) Vigilancia acústica domiciliaria en el ámbito del crimen organizado.

La vigilancia acústica domiciliaria (*akustische Wohnraumüberwachung*) había sido originariamente habilitada como medida preventiva en casos de peligro inminente para la seguridad de la población, es decir en estado de necesidad; y fue luego extendida y habilitada como instrumento de investigación en el proceso penal en 1998. La reforma de la ley procesal requirió una previa reforma de la Constitución (realizada conjuntamente, en realidad, con mayoría calificada al momento de la votación), a fin de que se estableciesen ya en el texto constitucional excepciones a la garantía de la inviolabilidad del domicilio, prevista en su artículo 13.[44] Se consideró que el peligro inminente representado por el crimen organizado exigía la adopción de esta medida excepcional. Sin embargo, dado que en Alemania no existe el tipo penal "crimen organizado", la medida procesal quedó legislada para la persecución penal en el caso de casi cien figuras penales diferentes. Dada la vaguedad y amplitud misma del concepto "crimen organizado" debieron ser considerados numerosos tipos penales que podrían verse involucrados en la forma "organizada" del crimen. Tanto la reforma procesal como la ley que reformó la Constitución fueron llevadas ante el Tribunal Constitucional, quien declaró inconstitucionales varias de las disposiciones de la reforma de la ley común (procesal), por entender que la forma y casos para los cuales se regulaba dicha vigilancia no aseguraban la protección del ámbito personal de mayor intimidad del

---

[42] La mencionada sentencia motivó una nueva sentencia del Tribunal Constitucional alemán, que llevó finalmente a la decisión de derogación de la medida. La nueva sentencia del Tribunal Constitucional: Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 4.05.2011 (BVerfG, 2 BvR 2365/09 vom 4.5.2011, Absatz-Nr. (1 - 178), http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20110504_2bvr236509.html). A aquella sentencia del TEDH, siguieron a su vez dos más, en igual sentido: Fallos TEDH del 13.01.2011 y del 19.04.2012.

[43] Para una profundización de la genealogía de esta medida así como de los argumentos esgrimidos en su favor por el Tribunal Constitucional y por los parlamentarios, así como para el análisis de los mismos véase BÖHM 2011*, supra* nota 1 y BÖHM 2012*, supra* nota 25. Una revisión del estado actual de la legislación – confusa y aún no definida – respecto de las medidas de seguridad luego de las diversas sentencias y modificaciones legislativas es ofrecido por la revista *Strafverteidiger* (4/ 2013, pp. 227-258), en su *Dokumentation* sobre el *StV-Symposion "Sicherungsverwahrung"* realizado el 12 de octubre de 2012.

[44] La reforma constitucional se realizó mediante la *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 13)* (BGBl. I 610 v. 26.03.1998) del 26.03.98 (BGBl I 98, 610) (Ley para la reforma del art. 13 de la Constitución); y la reforma procesal común mediante la *Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität* del 4.05.1998 (BGBl. I 845) (Ley para el mejoramiento de la lucha contra el crimen organizado). Mediante esta reforma fueron modificados los §§100c, 100d, 100f y 101 del StPO (*Strafprozessordnung,* Código Procesal Penal alemán).

individuo.[45] Se impuso un plazo al legislador para una reformulación de la ley, lo cual el legislador cumplió en debido tiempo y forma.[46] El Tribunal consideró en su sentencia, sin embargo, que la ley por la cual se reformaba el art.13 de la Constitución era acorde con los principios generales de la Constitución, ya que una debida interpretación de la garantía de inviolabilidad del domicilio no impide que el mismo (como espacio físico) sea vigilado acústicamente, sino que sólo impide la intervención estatal respecto de las conductas que se desarrollan en su interior que corresponden al ámbito de mayor intimidad del sujeto – distinción que generó una fuerte discusión entre teóricos y prácticos respecto de cómo implementarla en la práctica –. La inviolabilidad del domicilio por tanto se relativizó y el domicilio devino violable. La diversidad y número de supuestos en que las escuchas domiciliarias son posibles implican una ampliación significativa de las facultades investigativas del Estado – no ya sólo para prevenir peligros inminentes, sino incluso para investigar a sus habitantes – durante el proceso penal, y esto con el fundamento de que no son los ciudadanos los que están siendo investigados, sino "el crimen organizado", que amenaza a la seguridad general, al Estado de Derecho, a la población obediente de la ley, etc. Que el crimen organizado devino en amenaza existencial quedó suficientemente dicho en las discusiones parlamentarias, en las cuales se explicó que esta medida es necesaria ahora y no lo fue antes, durante el tiempo de la Alemania dividida o de la actividad de la Fracción del Ejército Rojo (RAF), por ejemplo, porque antes "no se lavaba tanto dinero como ahora", o no se encontraba la población enfrentada con las "bandas rumanas"[47]. Dado que el crimen organizado es una amenaza existencial, le corresponden a criterio de los legisladores y del Tribunal Constitucional – vía penal – reglas especiales en miras a la protección de la población. Este es así otro ámbito que se vio securitizado.[48]

C) Tipificación penal de actos de preparación en el ámbito del terrorismo.

En el ámbito de la "lucha" contra el terrorismo (observemos la terminología bélica instalada en el ámbito penal) puede mencionarse un ejemplo relativamente reciente del ámbito alemán en que la ambición securitizante se filtra en el sistema penal. La *Ley para la persecución de la preparación de actos violentos graves que pongan en peligro al*

[45] Decisión del Tribunal Constitucional alemán del 3.03.2004, BVerfG 109, 279 (BVerfG 2378/98).

[46] Se sancionó así la *Gesetz zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004* del 24.06.2005 (BGBl. I 1841) (Ley para la implementación de la Decisión del Tribunal Constitucional del 3 de marzo de 2004).

[47] Cfr. sesión plenaria del Bundestag BT-Sitzung 13/214 v. 16.01.1998, p. 19531.

[48] Para una profundización de la genealogía de esta medida así como de los argumentos esgrimidos en su favor por el Tribunal Constitucional y por los parlamentarios, así como para el análisis de los mismos véase BÖHM 2011, *supra* nota 1 y BÖHM 2012, *supra* nota 25.

Estado [49] tipifica dos nuevas figuras penales: El § 89a StGB: Preparación de un acto violento grave que ponga en peligro al Estado (*Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat)* y el § 91 StGB: Instrucción para la comisión de un acto violento grave que ponga en peligro al Estado (*Anleitung zur Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat)*. Se trata en ambos casos del adelantamiento de la punibilidad, es decir, ya no de la sanción de injusto y culpabilidad, sino de la prevención de una amenaza.

Peter Rackow[50] criticó pronta y duramente esta reforma por entender que puede definirse en forma totalmente arbitraria cuándo efectivamente existió la preparación típica. En un pasaje cita los propios fundamentales de la ley y analiza la gravedad de tal ambigüedad. Los fundamentos rezan con respecto al § 89a Apartado 1:

> "Generalmente la seguridad interior va a verse afectada cuando el hecho preparado, tal como se lo imagina el autor, en esas circunstancias sería apto para afectar las mallas internas del Estado. En tal sentido es suficiente cuando mediante el hecho tal vez no se vean perjudicadas la capacidad de funcionamiento del Estado y sus instituciones, sino que el hecho adquiera un carácter particular por llevar en su seno la violación de los principios constitucionales. Este puede ser por ejemplo el caso, cuando la confianza de la población se ve sacudida en cuanto a poder ser protegida por el Estado frente a conmociones de gravedad." [51]

Sobre estos fundamentos, reflexiona Rackow: "Así que se debe extraer del potencial de impacto del acto preparado – ¡y esto de acuerdo a la imaginación del autor de la preparación! –, si ya su preparación 'afecta' la seguridad interior". En este sentido, para quienes en todo esto extrañan un poco el comentario dogmático, se ha hecho la diferenciación entre los *tipos penales de peligro* y estos *tipos penales de preparación*, diciendo que en el primer caso depende de la "casualidad" si la acción se concreta en algún daño o no, mientras que en la segunda variante, el bien jurídico en realidad nunca estuvo en peligro en forma directa, ya que sólo el potencial autor decide, cuándo y si va a dar el paso hacia la comisión del hecho. Lo que sin lugar a dudas queda claro con este ejemplo, es el indudable avance del discurso securitizante en el derecho penal alemán, desde que el terrorismo es entendido como amenaza existencial que – con el apoyo de una audiencia que reclama su protección – exige la habilitación y adopción de medidas

---

[49] *Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten* vom 30. Juli 2009 (BGBl. I, 49, p. 2437).

[50] RACKOW, Peter. Strafrechtliche Terrorismusbekämpfung durch Pönalisierung von Vorbereitungshandlungen. En: Rene BLOY *et al.* (comps.): *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht* – Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, p. 615-641, 2010, p. 615 s.

[51] Cfr. Proyecto de ley: BT-Drucksache 16/11735, p. 12, disponible como documento parlamentario en: http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/117/1611735.pdf (estado al 22.04.2013).

(supuestamente) excepcionales. El tipo penal que pretende prevenir afectaciones de la seguridad interior que ni siquiera han sido puestas en marcha es un llamado de atención que no puede desoirse.

6. Procesos de securitización en América

En este apartado se realiza una breve enunciación – no análisis – de casos que tienen lugar en distintos contextos del ámbito americano y que podrían entenderse como ejemplos de procesos securitizantes, ya exitosos o aún en curso. Sin duda se trata de procesos complejos cuyo análisis particular excede el marco del presente texto, pero que requieren nuestra atención de inmediato y que ameritan un estudio exhaustivo en miras a diseñar eventuales mecanismos de resistencia, fundamentalmente por parte de los agentes del sistema penal y los estudiosos del derecho penal. No debe olvidarse que, incluso desde la academia penal, estas cuestiones deben ser politizadas más allá del mero análisis dogmático. De lo contrario, como advertía el *C.A.S.E. Collective*, corremos el riesgo de dejar en manos del discurso de la lucha la decisión de las futuras políticas criminales.

A) La cuestión mapuche en Chile

En Chile las comunidades originarias están siendo perseguidas con legislación especial por entender que al reclamar por sus derechos sobre sus tierras (en algunos casos en forma violenta mediante incendios o destrucción de propiedad) representan una amenaza al Estado chileno y su Seguridad. Actualmente se aplica la Ley Antiterrorista 18.314 de 1984 (que ha sufrido posteriores modificaciones) como instrumento de persecución y criminalización de la protesta que los mapuches levantan contra la expropiación de sus tierras. Así, el pueblo mapuche es presentado como amenaza que exige la aplicación de medidas excepcionales tendientes a neutralizar esa amenaza, y esto mediante un sistema penal que resulta violatorio de las más básicas garantías procesales (se viola el *ne bis in idem*, se viola la prohibición de tribunales especiales, se viola el principio de igualdad, etc.). El 19 de agosto de 2011 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso – aún en trámite – de la aplicación de la Ley Antiterrorista contra activistas mapuches, por entenderla discriminatoria contra este pueblo debido a la aplicación selectiva de la legislación penal especial.[52]

---

[52] Caso No. 12.576, *Norín Catriman y otros (Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche),* Chile. Sobre la criminalización de las demandas del pueblo mapuche véase el Informe Final del proyecto irigido por la Profesora Dra. Myrna Villegas Díaz, "Derecho penal del enemigo y la criminalización de las demandas mapuche", disponible online: http://www.cienciaspenales.net/descargas/idp_docs/doctrinas/derecho%20penal%20del%20enemigo%20y%20criminalizacion%20de%20las%20demandas%20mapuche.pdf (estado 27.01.2016).

B) La inmigración "ilegal" en los EE.UU.

En Estados Unidos estos procesos de securitización han justificado la criminalización de los inmigrantes indocumentados (y de todo aquel que quiera prestarle apoyo en su integración social) como medio de defensa ante la inmigración "ilegal" en EE.UU. En este sentido pueden mencionarse las leyes de Arizona[53] y la ley anti-inmigración de Alabama, conocida como "HB 56", de junio de 2011, que prohibe y criminaliza la asistencia que puedan prestar a inmigrantes ilegales en ese Estado las instituciones educativas, posibles empleadores, así como la realización de contratos, el traslado en auto-stop, etc., siempre que hubiera sido factible advertir que se trataba de un inmigrante "ilegal", es decir, en todos los casos de personas con rasgos físicos determinados y la apariencia de una situación socioeconómica precaria[54].

En un artículo breve, tan elocuente como profundo, *Neoyorquinos al exilio*, el sociólogo David Brotherton[55] relata de principio a fin una audiencia ante una Corte de Inmigración en que debe decidirse la deportación de un joven dominicano que vivió toda su vida en Nueva York junto a toda su familia. La familia pasó por engaños, ya que al joven se le prometió que sólo estaría detenido tres años, en lugar de quince, si reconocía haber intentado robar a un panadero, con quien se había peleado a golpes estando borracho, y sin embargo se entera recién luego de dos años de encierro que a la prisión sigue la deportación. Las leyes sólo habilitan suspender la deportación si el deportado se enfrenta a sufrir torturas en el país al que se lo envía (torturas entendidas – como explica el juez – en el exclusivo sentido de, por ejemplo, arrancar uñas o dar schocks eléctricos en los testículos). Estos procesos ponen de manifiesto lo que Brotherton llama "características invasivas del Estado de seguridad en la época actual"[56], y lo que se viene exponiendo como procesos discursivos de securitización: la inmigración pasa de ser una temática propia del ámbito social, a ser un problema político, y de allí, a ser presentado y aceptado como una amenaza existencial para la seguridad de los

[53] *State of Arizona Senate Forty-ninth Legislature Second Regular Session 2010 SENATE BILL 1070*, conocida como la "SB 1070". La Corte Suprema de EE.UU. declaró inconstitucional algunos aspectos de la ley y redujo su ámbito de aplicación por considerar que las cuestiones migratorias deben estar a cargo de legislación y agentes federales, y no estaduales. La posibilidad de detención de acuerdo al "olfato" policial en cuanto a si una persona es o no inmigrante indocumentado, sigue sin embargo vigente. Cfr. *Arizona v. United States*, No. 11-182, sentencia del 25 de junio de 2012.

[54] *House Bill 56 Beason-Hammon Alabama Taxpayer and Citizen Protection Act*, del 9 de junio de 2011. El 18 de mayo de 2012 se aprobaron por *HB658, Act 212-491* (estadual) cambios que clarifican la original formulación de la Ley, la cual mantiene sin embargo el mismo espíritu excluyente.

[55] BROTHERTON, David. Newyorkinos al exilio. En: María Laura BÖHM/ Mariano H. GUTIÉRREZ (comps.): *Políticas de Seguridad*. Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 267-286, 2007.

[56] BROTHERTON, *supra* nota 55, p. 283.

EE.UU., la cual (mediante exitosos procesos discursivos) termina exigiendo y habilitando la aplicación de medidas excepcionales.

C) Los procesados en Ecuador

En Ecuador, el ejemplo lo provee la reforma que se puso en marcha a favor de la extensión indeterminada de los plazos de prisión preventiva, como medida de seguridad y medio de defensa ante el crimen. La primera pregunta del Referendo llevado a cabo en Ecuador el 7 de mayo de 2011 establecía en su primera parte:

> "1.- ¿Está usted de acuerdo en enmendar el numeral 9 del artículo 77 de la Constitución, incorporando un inciso que impida la caducidad de la prisión preventiva cuando ésta ha sido provocada por la persona procesada y que permita sancionar las trabas irrazonables en la administración de justicia por parte de juezas, jueces, fiscales, peritos o servidores de órganos auxiliares de la función judicial, como se establece en el anexo 1?".

En la parte pertinente del anexo 1 se establece: "La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente si por cualquier medio la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad." Mientras que la segunda parte de la pregunta no genera mayores reparos, sí lo hace la primera por medio de la cual, dado que el resultado del referendo ha sido positivo para esta pregunta, la detención de las personas procesadas – no condenadas – pasaría a tener una limitación temporal poco precisa – el límite no está establecido en el referendo, ni en el anexo, ni en las leyes aludidas –. Dados los lentos tiempos de los sistemas judiciales latinoamericanos y siendo que es sencillo atribuir al procesado detenido la responsabilidad por el retardo en la administracón de justicia (cualquier petición puede ser entendida como dilación), se trataría de una extensión ilegítima (medida excepcional) de la privación de la libertad de personas sobre las cuales vale (o debería valer) la presunción de inocencia. Los procesados están siendo vistos como amenazas a la seguridad que exigen una modificación incluso constitucional, a fin de neutralizar los potenciales males que los mismos pudieran causar. El público, la sociedad en general, que votó por el sí a esta extensión, está (o fue) convencido de que la extensión de los plazos de la prisión preventiva y el que la misma funcione más como regla que como excepción, es una medida necesaria para disminuir la inseguridad. Si bien la enmienda constitucional no llegóa concretarse de esta manera, por lo que el proceso de securitización no fue exitoso, es indudable que se trató de lo que Buzan, Waever y de Wilde llamarían una *movida securitizante*.

D) El narcotráfico en México

En México se han desplegado en los últimos años distintos programas destinados al combate del narcotráfico, entre ellos, la militarización de las funciones policiales, con intervención directa del Ejército[57], lo cual ha acarreado la casi sistemática violación de derechos fundamentales, dado que el ejército no está entrenado para tratar con la población civil, sino para defenderla de sus enemigos. Así, parte de la población se ve afectada por los procederes y operativos militares que la tienen como destinataria, precisamente como enemiga.[58] La medida excepcional de utilización de efectivos militares para el control y la lucha contra el narcotráfico no sólo fue plasmada legislativamente[59], sino que cuenta incluso con aceptación de la Suprema Corte[60].

Así, nuevamente se observa que un específico ámbito de conflictividad social es construido como amenaza existencial requirente de medidas excepcionales que, sin embargo, son incorporadas al ordenamiento regular mediante los canales habituales previstos institucioanlmente en el Estado de Derecho.

E) La violencia de género en Guatemala

El 9 de abril de 2008 el Congreso de la República de Guatemala sancionó la *Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer*.[61] Mediante esta ley se tipifica la figura penal del femicidio[62] para la cual se prevé una pena de prisión de veinticinco a ciencuenta años y se dispone que "[al condenado] no podrá concedérsele la reducción de la pena por ningún motivo. Las personas procesadas por la comisión de este delito no podrán gozar de ninguna medida sustitutiva." También se tipifica el delito de violencia contra la mujer[63] para el cual se prevé una escala penal de cinco a doce años de prisión en los casos de violencia física o

[57] Cfr. a modo de ejemplo la nota "Refuerzan con 350 militares combate al narcotráfico en Guerrero" (14.01.2013), disponible en http://www.provincia.com.mx/2013/01/refuerzan-con-350-militares-combate-al-narcotrafico-en-guerrero/ (estado al 27.01.2016), con mayores referencias.

[58] Sobre esta problemática y la violación de derechos fundamentales por parte del ejército en actuación policial cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, Roberto Raúl. Algunas reflexiones sobre la militarización de la seguridad pública en México. *Boletín Semestral GLIPGö* Nro. 2, noviembre 2011, p. 17-21, 2011, con más referencias, así como AZZOLINI BINCAZ, Alicia. El sistema penal de la inseguridad – Especial referencia al derecho penal MEXICANO. *Boletín Semestral GLIPGö* Nro. 4 (julio-diciembre 2012), p. 2-10, 2012, *passim*, quien analiza estas medidas en el marco de las tendencias punitivistas y securitizantes de la política criminal mexicana.

[59] Cfr. por ejemplo la *Ley de Seguridad Nacional*, del 31 de enero de 2005.

[60] Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en marzo de 1996, XXIX/96.

[61] Decreto Número 22-2008.

[62] Artículo 6, *Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer*.

[63] Artículo 7. *Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer*.

sexual, y de prisión de cinco a ocho años para los casos de violencia psicológica. La tercera figura penal incorporada es la de violencia económica, para la que se prevé también una pena de prisión de entre cinco y ocho años.[64] Se trata en todos los casos de delitos de acción pública (art. 5), es decir, que incluso en los casos de investigación de lesiones, por ejemplo, la mujer no cuenta con la posibilidad de detener el proceso iniciado por ella – o por alguna otra persona en su favor –. En el contexto de un país latinoamericano con fuerte tradición machista, se ha considerado que mediante esta ley se podrá brindar seguridad al género femenino mediante el establecimiento de un régimen penal especial para los hombres prácticamente en cualquier situación en que la perjudicada sea una mujer. No sólo las figuras penales son extremadamente ambiguas en violación del principio de legalidad, sino que el marco procesal e institucional se ha montado con la pretensión de que la amenaza representada por el género masculino pueda ser efectivamente neutralizada. Así, el *Protocolo Interinstitucional par la aplicación de la Ley* establece en su artículo 5.2:

> "En este tipo de procesos debe considerarse la prisión preventiva como necesaria en contra del imputado. Tomando en consideración: la gravedad del hecho concreto, la evaluación del riesgo de la víctima, la agresividad del imputado, siendo que la violencia es un acto repetitivo con distintas manifestaciones. Lo anterior, para evitar que los agresores pretendan modificar, ocultar, suprimir o falsificar elementos de prueba, utilizando todos los medios económicos, amenazas e intimidación a su disposición; así como la influencia que puede tener respecto a testigos y familia, así con la misma mujer violentada."

La imposición de la prisión preventiva (medida cautelar excepcional) deviene por lo tanto en regla en el caso de los procesos por violencia contra la mujer. Ya sea que se trate de lesiones o de obligación de suscripción de documentos… en todos los casos debe contarse con la alta probabilidad de imposición de la prisión preventiva. Los hombres se han transformado por imperio de la ley en una amenaza generalizada para las mujeres. Las diferencias y la violencia de género se vio así securitizada, contando esta medida con el apoyo social fundamentalmente del grupo de referencia que está siendo pretendidamente protegido.[65]

F) La criminalización de niños y jóvenes en Argentina

En Argentina estuvieron bajo estudio diversos proyectos de ley por medio de los cuales se proponía bajar la edad de punibilidad, es decir, la edad a partir de la cual

[64] Artículo 8. *Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia Contra la Mujer*.

[65] Para una profundización y análisis crítico de esta legislación véase BÖHM, María Laura/ JÁUREGUI, Hugo. Ley guatemalteca contra el femicidio y otras formas de violencia contra la mujer – Consideraciones críticas. *Boletín Semestral GLIPGö* Nro. 5, p. 36-54, 2013, *passim*.

una persona puede ser llevada ante el sistema penal. De acuerdo a tales proyectos, ya no desde los dieciséis sino que desde los catorce años los niños y jóvenes deberían ser pasibles de ser condenados. El fundamento de tales propuestas reside en que debido al aumento de la criminalidad y la violencia ejercida por los jóvenes – cada vez más jóvenes – es imperioso que los mismos puedan ser sometidos a un proceso penal, es decir, sancionatorio, y no meramente tutelar. La población se siente amenazada por los adolescentes violentos y requiere que se responda a ellos con el sistema penal y el encierro. [66] Presentar a los niños y los jóvenes "violentos", generalmente marginales, como amenaza existencial para el resto de la población es sin duda mucho más sencillo que aceptar y actuar respecto de las carencias a que tales niños y jóvenes se ven generalmente enfrentados. Esto último implica asumir que el Estado no está debidamente presente en el momento adecuado generando seguridad en forma integral (educativa, sanitaria, alimentaria etc), positivamente; e implica a la vez dejar de reducir (mediante procesos políticos discursivos) la necesidad de su acción al combate de la inseguridad, negativamente. Los procesos de securitización, sin embargo, tienen esa fuerza ilocutiva innegable, que ha hecho de la problemática de la juventud *al margen* una cuestión de amenaza hacia el centro de la población. Aquí también, como en casos anteriores, se trató de una *movida securitizante* que no llegó a concluirse en un proceso de securitización exitoso – al menos no todavía -.

7. Conclusiones

Los procesos de securitización llevados a cabo mediante la sanción de leyes que, con base en pretendidas situaciones excepcionales de peligro, establecen regímenes especiales y habilitan medidas excepcionales, se encuentran hoy en día, como se pudo ver, en los más variados ámbitos. Históricamente ha existido la identificación de un "enemigo" como paso previo a una reforma o creación jurídico-penal que habilita el avance del poder punitivo respecto de ciertos ámbitos, actividades, grupos poblaciones, etc. De un tiempo a esta parte la particularidad radica en que esa previa identificación está regida por el discurso y los términos de una pretendida seguridad, y que una vez identificada "la amenaza", ya no sólo es perseguida con el sistema penal, sino que es combatida como amenaza existencial aún más allá del tradicional sistema penal. Fue explicado que en los procesos de securitización de acuerdo a la necesidad y la conveniencia política en cada contexto espacio-temporal, se presenta un determinado grupo poblacional (objeto de referencia) como amenazado por otro grupo, el que debe ser neutralizado mediante medidas excepcionales. La medida excepcional, sin embargo, si bien es tal en tanto

[66] Los proyectos legislativos pueden consultarse en el sitio web del Congreso de la Nación (http://www.diputados.gov.ar/). Sobre esta discusión y brindando argumentos en contra de la baja de la edad de punibilidad véase Universidad del Comahue, AAVV. *Estado e Infancia: Más Derechos, menos castigo* – Por un régimen penal de niños sin bajar la edad de punibilidad. Neuquén: Editorial de la Universidad Nacional del Comahue, 2011.

resulta ser un régimen especial, no lo es desde que en la mayoría de los casos no se trata de leyes temporal y territorialmente limitadas, sino de reformas que se introducen en los ordenamientos legales y hasta constitucionales. La obsesión securitizante facilita los argumentos tanto en los fundamentos legislativos, como en las decisiones judiciales y en los controles de constitucionalidad. Y de esta manera ya no sólo algunos ámbitos o fenómenos sociales son securitizados, sino que el sistema penal y el Estado de Derecho mismo terminan siendo dóciles mecanismos al servicio de su propia securitización – actúan punitivamente a fin de conservarse a sí mismos –.

Con esta crítica no se pretende negar el alto grado de violencia que se pone de manifiesto, por ejemplo, en los delitos sexuales, en los crímenes "de género", en la interacción de las "pandillas" y las "maras" entre sí y con el resto de la población, ni se pretende defender el modo muchas veces agresivo de protesta del pueblo mapuche o las graves consecuencias de las actividades económicamente perjudiciales del así llamado "crimen organizado", etc. Más bien lo que se quiere resaltar con la aplicación del concepto de la securitizacón a estos casos, es que la construcción discursiva de ámbitos de peligro, y su instalación en la discusión pública como cuestiones de seguridad y amenaza existencial que debe ser combatida exclusivamente mediante un régimen penal excepcional, es un proceso securitizante que anula la posibilidad de avance sobre esta problemática desde otras perspectivas Se provoca así la pérdida de legitimidad de toda medida penal regular, que aparece ahora como superflua, así como la pérdida de confianza en toda iniciativa de acción alternativa que no lleve el sello del discurso combativo.

Seguridad es un concepto amplísimo, y difuso. Pretender alcanzar *algo así como* seguridad postulando la intervención agresiva del sistema penal en ámbitos concretos puede ser una técnica redituable políticamente a corto plazo, pero es sin duda a largo plazo una estrategia socialmente nociva y jurídico-penalmente autodestructiva.

XII. ¿Del absolutismo ilustrado al liberalismo reformista? La recepción del Código Penal Bávaro de 1813 de P.J.A. von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921[1]

Thomas Duve

CARLOS TEJEDOR, encargado de redactar el primer Código Penal argentino, al publicar su proyecto de 1867 declaró que su trabajo se había basado, *principalmente, en el Código Baviera*[2], haciendo así hincapié en la autoridad que en esta época ya había ganado la obra de Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), criminalista al servicio del Reino de Baviera. Hasta la actualidad, en la literatura sobre el derecho penal argentino se hace referencia a dicha influencia para subrayar una tradición liberal que se remonta a los inicios de la República[3]. Es cierto que la

---

[1] Agradezco mucho al Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, especialmente al Prof. Tau Anzoátegui y Dra. Nélida Liparoti, a la Universidad Torcuato Di Tella, la Universidad de Buenos Aires y al Jockey Club Buenos Aires, especialmente al Sr. R. Müller, por la ayuda prestada para acceder a la literatura correspondiente; sin la inspiración de la Dra. Mercedes O. Villa Larroudet esta investigación nunca hubiera sido llevada a cabo (Thomas Duve, Múnich, Alemania). Publicado originalmente en *Revista de historia del derecho*, 27 (1999), pp. 125-152.

[2] C. TEJEDOR, Proyecto del Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional, Primera Parte Buenos Aires 1866, Segunda Parte Buenos Aires 1867, Carta al S.E. el Señor Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, 30 de diciembre de 1865.

[3] S. SOLER, *Derecho Penal Argentino,* actualizado por Guillermo J. Fierro, t. 1, 5a ed., Buenos Aires, 1987, 124.

recepción de la obra de Feuerbach podría indicar una línea de tal índole, porque a pesar de que la ley de Feuerbach de 1813 fuera duramente criticada por su severidad, sufriera posteriormente gran cantidad de modificaciones y fuera reemplazada por una nueva ley en 1861, la exactitud de su dogmática y la profundidad de su nivel teórico de reflexión penal han creado escuela en la tradición penal europea. Hasta hoy su obra propone el punto de partida del período constitucional liberal en la evolución del derecho penal, y aun reflexiones sobre la teoría penal actual se remontan a las discusiones de la época de Feuerbach. Por otro lado, la situación socio-económica de los dos países, su tradición e idiosincrasia intelectual en el siglo XIX parecen tan distintas, que una recepción plena del código penal bávaro sería sorprendente. Pero como es sabido, no hay recepción sin transformación, adaptación y selección. De esta forma, lo interesante de los fenómenos de recepción es que reflejan la constitución intelectual del recipiente. Es por eso que puede resultar de interés distinguir qué partes exactamente extrajo Carlos Tejedor del mencionado Código, y a partir de allí analizar en qué medida la adopción de muchas de las normas del mismo respondió a una verdadera aceptación de la teoría penal representada por Feuerbach.

Para analizar estas cuestiones, conviene comenzar con un breve resumen introductorio de la evolución de la legislación (1) y luego centrarse en investigar las partes del Código de Feuerbach incluidas en el primer Código nacional (II). Sin embargo, la dogmática es sólo una parte del código, aun- que ella sea la más visible. El análisis sobre la otra parte, el fundamento teórico penal del proyecto de Tejedor y del primer código penal, demuestra que, al contrario de lo que sucedió con gran parte de la dogmática, la teoría del Código Penal de Feuerbach no fue reconocida. Más bien, con la sanción del Código Penal de 1886 sobre la base del proyecto de Tejedor, prevaleció una teoría penal acorde a la concepción teórica anterior al gran paso que significó en la historia de las ideas la teoría de Feuerbach: la convicción del absolutismo ilustrado sobre la sociedad como un conjunto de seres raciona- les con libre albedrío, sobre valores éticos absolutos, sobre una moral pre- existente y su consecuencia teórica en el concepto de la educación, expresa- da en teorías de prevención especial (III). Extendiendo el análisis hacia las discusiones que inmediatamente siguieron a la aprobación del Código Penal, se demuestra que a finales del siglo XIX el discurso teórico, que padecía un atraso relativo, se sincronizó súbitamente con el debate moderno europeo. Es así que la investigación de la recepción y del siguiente desarrollo del discurso teórico, demuestra que en la Argentina ocurrió una transición inmediata del fundamento teórico del absolutismo ilustrado tardío a los modelos intervencionistas. A pesar de las aparentes similitudes con la evolución euro- pea, en la Argentina de cambio de siglo, la teoría penal no pasó por una fase marcada de un constitucionalismo liberal, cuyo exponente teórico en el ambiente alemán fue precisamente Feuerbach. Esta continuidad puede ser un aspecto de la peculiar asociación, puesta de relieve

en los últimos tiempos, entre el liberalismo clásico y el intervencionismo moderno en la generación de los llamados *liberales reformistas* (IV).

I

El hecho de que a Carlos Tejedor, jurista y político, titular de la cátedra de Derecho Penal y Comercial de la Universidad de Buenos Aires y autor de diversos manuales[4], le encargaran en diciembre de 1864 el proyecto del Código Penal, se incluye dentro de las múltiples medidas con las que se esperaba crear finalmente una unidad jurídica nacional en la Confederación, tras la incorporación de la poderosa e independiente provincia de Buenos Aires y la reforma constitucional de 1860[5]. Para ello, los fundadores del Estado argentino recurrieron en gran medida a modelos extranjeros, aunque tan sólo en casos aislados a modelos alemanes[6]. En el ambiente del derecho penal, la necesidad de una reforma exhaustiva era obvia[7]. La regularización de la *Nueva Recopilación* de 1567, sustituida por reglamentos transitorios tras la independencia, así como el sistema de Derecho Penal hispano basado en el Derecho común, ya desde hacía mucho tiempo no se consideraban aplicables en la práctica. La moderadamente más moderna *Novísima Recopilación* de 1805 nunca había entrado en vigor en las colonias. La inaplicabilidad del derecho formalmente vigente provocó un clima de inseguridad jurídica y una justicia arbitraria que llevó incluso a recurrir directamente al derecho de otros países[8]. Eran

---

[4] Para su biografía, véase Carlos Tejedor MARTÍNEZ T., en: *Contemporáneos ilustres (Argentinos).* Primera Serie, ed, ídem, París, 1910, 229 y A. D. LEIVA, Estudio Preliminar, en: Dictámenes del Asesor de Gobierno del Estado de Buenos Aires, Buenos Aires, 1996, 13; J. SILVA RIESTRA, Evolución de la enseñanza del derecho penal en la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1943, 26.

[5] El contexto jurídico-histórico descripto en V. TAU ANZOÁTEGUI, *La Codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e Ideas Jurídicas,* Buenos Aires, 1977, 340; un panorama brinda M. Rosn, *L 'evoluzione giuridica dell' Argentina indipendente (1810-1950),* Milano, 1994.

[6] R. ZORRAQUIN BECÚ, La recepción de los derechos extranjeros en la Argentina durante el siglo XIX, en: *Revista de Historia del Derecho* (en adelante *RHD)* 4 (1976), 325, 255; véase también V. TAU ANZOÁTEGUI, "La influencia alemana en el derecho argentino: Un programa para su estudio histórico", en: *JbLA* 25 (1988), 607.

[7] Ya con las primeras leyes nacionales, se crearon en el terreno jurídico penal algunas medidas jurídicas para la protección del Estado. Para la historia del derecho penal véase R. ZORRAQUIN BECÚ, *Historia del Derecho Argentino,* t. 11, 2a ed., Buenos Aires, 1996, 365; L. JIMÉNEZ DE ASÚA, "Evolución del Derecho Penal en la Argentina", en: *Tratado de Derecho Penal,* t. I, Buenos Aires, 1950, 785; F. P. LAPLAZA, "El Proceso Histórico de la Codificación Penal Argentina (I)", en: *RHDRL* 24 (1978), 59; en: *RHDRL* 25 (1979), 199; A. LEVAGGI, *Historia del Derecho Penal Argentino,* Buenos Aires, 1978; M. NILVE, "El Proyecto de Tejedor en la historia del derecho patrio argentino", en: *RHDRL* 7 (1955-1956), 57. De autores de la época, véase especialmente: R. MORENO (h), *El Código Penal y sus antecedentes* (7 tomos), Buenos Aires, 1923, t. 1; R. RIVAROLA, *El Derecho Penal Argentino,* Parte General. Tratado general y de la legislación actual, comparada con las reformas proyectadas y con legislaciones de la lengua española, Madrid, 1910; J. PECO, *La reforma penal argentina de 1917-1920 ante la ciencia penal contemporánea y los antecedentes nacionales y extranjeros,* Buenos Aires, 1921.

[8] MORENO, *supra* nota 7, t. 1, 25; TAU ANZOÁTEGUI, *supra* nota 5, 345.

éstas las circunstancias en las cuales Tejedor presentó en 1865 la Parte General de su proyecto y en 1867 la Parte Especial. Este proyecto se convirtió en el fundamento del primer código nacional, que aparecería casi veinte años después, en 1886 (Ley núm. 1920 del 7 de diciembre de 1886, Código Penal de la Nación). En este largo período de tiempo entre la presentación y la promulgación, el proyecto ya había entrado en vigor como penal y provincial en la mayoría de las provincias gracias a la competencia subsidiaria según lo establece el artículo 108 de la Constitución Nacional. Después de la nacionalización de la ciudad de Buenos Aires, el Proyecto de 1867 tuvo también allí vigencia desde 1880[9] y se aplicó en casos aislados aun a nivel federal, como expresión de principios jurídicos generales[10].

En los casi veinte años que transcurrieron entre la presentación del mismo y la aprobación del Código de 1886, una comisión de expertos, convocada ya en 1868, llegó a presentar al Congreso un proyecto alternativo en 1881 (proyecto de Villegas, Ugarriza, García)[11]. En él se habían tenido en cuenta las legislaciones más recientes de los Estados americanos y europeos. A pesar de ello, el Congreso decidió en 1885 adoptar el proyecto de Tejedor de 1867 como modelo para la elaboración del código, dado que el intento de combinar la propuesta de ley bávara con la española como lo indicaba el de 1881, según la opinión prevaleciente, únicamente había conseguido crear contradicciones. Parecía imposible mezclar los códigos de dos pueblos de "raza distinta, de tradiciones diferentes y de costumbres distintas"[12]. En este último proyecto "no hay unidad, hay falta de filosofía… hay confusiones grandes, divisiones erradas, que no podían servir de base a la confección de un código"[13]. No obstante, el Proyecto de Tejedor en su forma original tampoco parecía el modelo más apto para un código. Frente a la Cámara de Diputados, el Ministro de Justicia hablaba de "este mal Código de Tejedor" y de "esta verdadera monstruosidad". Tan exagerados le parecían algunos de los artículos que llegó a exclamar después de haber descripto algunos ejemplos: "Esto ni en la Turquía es justicia"[14]. Pero al contrario del de 1881, el de 1867 por lo menos prometía disponer de homogeneidad teórica y cultural. Así, con años perdidos de trabajo de las comisiones y ante la presión de la opinión pública que reclamaba un código penal, a los diputados les pareció mejor sancionar un código sobre el modelo del de 1867 con ligeras modificaciones eliminando las

[9] En la provincia de Buenos Aires, por ley provincial núm. 1.140 se adoptó el Proyecto de 1867 como ley en 1877; la ley nacional núm. l.l44 lo puso en vigencia en Capital Federal.

[10] Para los delitos reglamentados en la ley nacional núm. 49, véase NILVE, *supra* nota 7, 64.

[11] "Proyecto de Código Penal para la República Argentina, Sisto Villegas, Andrés Ugarriza, Juan Agustín García", Buenos Aires, 1881. Este proyecto tuvo vigencia como ley en la provincia de Córdoba, del 14 de agosto de 1882.

[12] Diputado Solveyra, *DSCD,* Sesión del 23 de octubre de 1885, 721.

[13] Diputado Solveyra, *DSCD,* Sesión del 23 de octubre de 1885, 722.

[14] Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, *DSCD,* Sesión del 15 de noviembre de 1886, 736.

imperfecciones más evidentes, que seguir manteniendo el hasta entonces vigente estado de derecho basado directamente en el vapuleado proyecto. Es por eso que la Comisión se limitó a despojarlo únicamente de "lo más repugnante"[15] y proponerlo para su sanción a las Cámaras legislativas.

Dado el descontento general, no es de extrañar que, nada más aprobarse el Código en 1886, se iniciara una amplia discusión con ánimo reformista[16]. Pero este debate no originó en los siguientes 35 años más que enmiendas de ley, las más importantes en 1900 y 1903 (Leyes 3.900 y 4.189), y algunos proyectos de reforma (proyecto de Piñeiro, Rivarola y Matienzo en 1891[17]; proyecto de Rivarola, Saavedra, Moyano Gacitúa, Piñeiro, Beazley, Ramos Mejía, Duffy en 1906[18]; proyecto de Moreno en 1916[19]). Entre 1880 y 1920, décadas marcadas por la inestabilidad política y los problemas sociales, se añadieron nuevas leyes especiales para delitos aislados a la ley especial de protección de delitos contra el Estado, vigente desde los primeros días de la República[20]. Finalmente el código penal sancionado en 1921 (ley núm. 11.179 de 1921), basado en el proyecto de 1906 y formalmente en el de 1916, consiguió unificar los diversos ordenamientos penales en un único código. Así dio comienzo la nueva etapa de la historia del derecho penal que llega hasta el presente[21].

II

Para abordar la cuestión de la influencia bávara en el Código Penal de 1886, es necesario partir del primer proyecto de elaboración de un código nacional, es decir, del de 1867. Sólo al tomarlo como base es posible dar cuenta de las modificaciones que aparecen en el proyecto de 1886 y seguir su rastro hasta el siglo XX. En lo que atañe a la fuente material que usó Tejedor, aunque él no se refirió concretamente al Código de Baviera de 1813 *(Strafgesetzbuch von 1813),* una rápida lectura de sus normas, traducidas en ocasiones literalmente, permite afirmar que fue este Código

---

[15] "La comisión se ha limitado a quitar lo que tenía de más repugnante el proyecto de código del doctor Tejedor", Diputado Colombres, *DSCD,* Sesión del 12 de noviembre de 1886, 689.

[16] Impulsado especialmente por la obra de R. RIVAROLA, *Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina,* 3 tomos, Buenos Aires, 1890.

[17] Exposición de motivos del proyecto de Código Penal para la República Argentina, 1891.

[18] Proyecto de Código Penal para la República Argentina, redactado por la Comisión de Reformas legislativas, constituida por decreto del poder Ejecutivo de 19 de diciembre de 1904, Buenos Aires (Tipografía de la Cárcel de Encausados), 1906.

[19] MORENO, *supra* nota 7.

[20] Leyes núms. 3.365 del29 de diciembre de 1895; 3.972 del 12 de noviembre de 1900; 7.029 del 28 de octubre de 1910; 9.077 del 20 de febrero de 1913; 9.143 del 23 de septiembre de 1913.

[21] S. SOLER, *Derecho Penal Argentino,* actualizado por Guillermo J. Fierro, t. 1, 5a Edición, Buenos Aires, 1987, 125; E. R. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho Penal,* Parte General, t. 1, Buenos Aires, 1987, 433.

de Feuerbach en su forma original el que le sirvió de modelo. Teniendo en cuenta que en el comentario de su proyecto Tejedor reproduce citas tomadas de las anotaciones oficiales al código penal bávaro, sumado al uso extendido del francés en la época, es de suponer que utilizó la edición francesa de Vatel de 1852, que contenía estas anotaciones. Más aún, una inexactitud propia de esta edición en la traducción del artículo central y que también se advierte en el proyecto 1867 confirma esta suposición.

Sorprende que, contrariamente a su declaración de haberse apoyado principalmente en el código de Baviera, en la Parte Especial del Proyecto de 1867 la mayoría de las normas tienen su fuente en la legislación americana contemporánea, especialmente en el Código peruano. Es por eso que después de un breve resumen de las influencias del Código bávaro en la Parte Especial (1), el análisis se concentrará en la Parte General del citado proyecto (2); por la misma razón, se tratará de seguir las huellas de la influencia bávara solamente en la Parte General del Código sancionado (3).

1. Recepción limitada del Código de Baviera de 1813 en la Parte Especial del Proyecto de 1867 y del Código Penal de 1886

En la Parte Especial las normas están primordialmente tomadas del Código Penal peruano y solamente se encuentra una recepción limitada de la fuente bávara[22]. Tal como en el Código de Baviera, en 1867 Tejedor distingue entre crímenes y delitos privados, y delitos y crímenes públicos. Pero únicamente los artículos acerca del homicidio simple[23], § 1, arts. 1-9 muestran influencia de los arts. 151-156 de aquél; los arts. 10 y 11 adoptan el 143 y 144; el asesinato, parricidio, infanticidio, aborto, muestran influencia de los arts. 146, 147, 159, 172, 173 y 175. De igual modo, las lesiones corporales, de los arts. 178-185 y 367; los crímenes y delitos contra la honestidad - incluyendo abuso sexual, violación y otros delitos correspondientes - muestran la influencia de los arts. 186-191.

Los pocos artículos del Código europeo recogidos en el Proyecto de 1867 a su vez fueron modificados en el Código sancionado en 1886: Los arts. 151-154, 156 y 143 aparecen modificados en los arts. 94-98 del Código argentino; los arts. 178-185, 186-191, en forma alterada en los 119-121, 127 y 128 y el art. 283 en el 154. En todo lo demás -y así en la mayoría del Proyecto y del Código de 1886- predomina la influencia de otras fuentes.

[22] Para la historia del derecho penal peruano véase J. HURTADO POZO, *La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú,* Lima, 1979; agradezco mucho al Dr. Carlos Gálvez del Instituto Riva Agüero, Lima - Perú, por haberme hecho accesible esta publicación.

[23] En adelante, se usará la terminología y la ortografía del original tal como la puso Tejedor en su Proyecto de 1867.

2. Recepción predominante de la Parte General en el Proyecto de 1867

Para la redacción del Proyecto de 1867, Tejedor siguió la organización del Código de Feuerbach, cuya Parte General se corresponde a la Parte Primera, Libros 1 y 11 del de su autoría. Una sinopsis pone de manifiesto el paralelismo entre la estructura de ambos códigos -estructura que también fue respetada en la parte General del Código Penal de 1886 (Anexo 1).

En el Primer Libro, 1a parte, casi la totalidad de las reglas está tomada del ejemplo bávaro. La tripartición que provee éste en su art. 2 entre crímenes, delitos y contravenciones *(Verbrechen, Vergehen, Polizeiübertretungen)* se encuentra sólo ligeramente modificada en el título preliminar, arts. 1 y 2 del Proyecto, definiendo dos clases de infracciones. Distingue entre los "delitos graves, o crímenes" definidos por ser castigados con penas aflictivas, y unifica en una segunda clase los "delitos menos graves, o simplemente delitos, los que la ley reprime con penas correccionales" y las "contravenciones", las faltas penalizadas con penas de policía. Coinciden ambos en que las últimas no están consideradas en la ley penal. Las reglas sobre la consumación del crimen y de la voluntad criminal de la 1a parte, Libro I, título 1 arts. 1-9 son la traducción literal de los arts. 37-44 de su modelo. En las notas, Tejedor se refiere extensamente a las respectivas anotaciones del comentario oficial bávaro. El título 2, arts. 1-9 con las disposiciones sobre la tentativa adopta los arts. 57-61, con la sola excepción de que, al contrario de lo expuesto en el art. 58, en el art. 3 del argentino la ley presume el desistimiento voluntario, correspondiendo por lo tanto a la acusación probar que la tentativa ha sido interrumpida por circunstancias fortuitas e independientes de la voluntad del autor. La tentativa según Tejedor está penalizada con un grado ligeramente menor en comparación con su fuente. Lo mismo sucede en el caso de la *tentativa remota,* es decir la penalización de casos en que la tentativa criminal se detiene en los actos preparatorios del hecho constitutivo del crimen (título 2, art. 8; art. 62 del Código de Baviera de 1813). Las disposiciones acerca de la culpa e imprudencia, ignorancia de derecho y de hecho constituyen la recepción de los arts. 64-72, salvando algunas modificaciones en su redacción. De la misma manera, sobresalen modificaciones características en la traducción de algunas palabras -p. ej. el "*Unterthan*" (súbdito) de la ley bávara-; monárquico figura en su versión republicana como "hombre en sociedad". En las reglas sobre la negligencia, las penas aparecen gradualmente suavizadas. Lo mismo sucede en los títulos 4, 5 y 6 referidos a los autores principales, cómplices, auxiliadores y fautores, donde los arts. 45-55, 73-83 y 85-89 del Código de 1813 están solamente modificados respecto de la pena. El título 7 trata de la responsabilidad civil, materia no contemplada por el jurista alemán.

En el Segundo libro de la Parte General del Proyecto de 1867, la recepción del modelo es igualmente predominante, pero no sin fragmentaciones. El título 1 - de las penas en general - y el título 2 - clases de penas, duración, ejecución y efectos -

no muestran influencia. No obstante ello, como demuestra la sinopsis[24] en los títulos 3, 4 y 5 se puede apreciar una dependencia fuerte respecto de su fuente. En el art. 1 del libro 2 Tejedor se refiere al art. 1, en el cual Feuerbach expresa su famosa versión del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege,* constatando en dicho artículo que "todo el que resulte culpable de una acción u omisión ilícita contra la cual la ley pronuncia la imposición de un mal o castigo, sufrirá este mal legal como su pena".

A pesar de ser tomado del modelo alemán, en la versión castellana se nota una modificación significativa: en la norma del Código bávaro se regula que quien resulte culpable de una acción contra la cual la ley *ha pronunciado* una sanción, sufrirá la pena correspondiente, poniendo énfasis en el hecho de que la ley debe haber existido con anterioridad al crimen[25]. Coherentemente, no hay en la fe de Feuerbach una norma especialmente dedicada a expresar el principio de la irretroactividad, pues el principio de irretroactividad de la ley y el principio de determinabilidad están regulados juntos. Tejedor regula el principio de determinabilidad en el art. 1 y da forma expresa al principio de irretroactividad de la ley en el art. 4, tomándolo del Código Penal de España. Esta diferencia tiene dos aspectos interesantes: Primero, que es muy probable que Tejedor haya usado la traducción francesa de Vatel, que cambió los tiempos de verbo empleados por Feuerbach de la misma manera[26]. Segundo que, de esta forma, en la traducción se perdió el aspecto de la irretroactividad y su conexión genérica con el principio de la determinabilidad - aspecto fundamentalmente importante para entender la teoría penal de Feuerbach -. Además, no parece casual que Feuerbach colocara estos dos principios corno el art. 1 al inicio de su ley, mientras que en el Proyecto de Tejedor, lo que quedó del art. 1 se halla en un lugar menos preeminente, solo comenzando el Segundo libro.

Modificaciones substanciales de lo expuesto en su modelo se hallan también en los siguientes títulos: *De las penas en general* (título 1) y *Clases de penas, duración, ejecución y efectos* (título 2). "Nada es más diverso que el catálogo de las penas en las diversas legislaciones", escribe Tejedor en una nota correspondiente y el sistema seguido por él demuestra una variación de diversas influencias, en la cual la bávara es escasa. No obstante tal alejamiento del modelo, en los siguientes títulos 3, 4, 5 y 6 se observa de nuevo una fiel copia de lo allí legislado.

Ejemplo de ello lo constituyen las reglas de las causas que eximen de pena: la inimputabilidad, el orden superior, el consentimiento de la persona perjudica- da, el

[24] Véase Anexo II.

[25] En el original alemán: *„ … für welches das Gesetz ein gewisses Übel gedrohet hat".*

[26] *"Quiconque se rendra coupable d'une action ou omission illicite, contre laquelle la loi prononce la menace d'un certain mal, sera soumis a ce mal légal, comme à sa peine…".*

ejercicio de un derecho, la legítima defensa. En general, los límites de la legítima defensa se asemejan al modelo bávaro. Salvando pequeñas modificaciones, lo mismo ocurre respecto del sistema de la agravación legal (título 5) y de la atenuación y agravación prudencial (título 6). Sin embargo, no se han tomado del código bávaro las reglas acerca de la prescripción.

3. Recepción del Proyecto de 1867 en el Código Penal de 1886

Desde el punto de vista de su estructura, el orden que se impone en 1886 ha continuado el modelo preparado en el Proyecto de 1867[27]. Aun con una notable influencia del Código de España, que había sido el modelo del Proyecto de 1881, en muchos aspectos se puede ver una cadena de recepción entre el Código bávaro y el Proyecto de 1867, que continúa en el Código Penal de 1886.

Sin embargo, hay notables diferencias. El art. 1 del Código de 1886 dejó la tripartición de delitos y distingue - siguiendo el modelo español - las clases de delitos según la forma en que fueron cometidos. La definición de consumación del delito también se diferencia del Proyecto de 1867 y del Código de Baviera.

Las reglas acerca del *dolus eventualis* (art. 4), del error de tipo (art. 5), de la presunción del dolo (art. 6) siguen el modelo del Proyecto de 1867. También se puede observar que otras partes de la dogmática del bávaro, que no fueron tomadas en su forma original en el Proyecto mencionado, se desvanecieron completamente en este Código: así, el art. 40 del modelo europeo que legisla según el entendimiento de entonces la *actio libera in causa* fue convertido en causa de atenuación en 1867 y no aparece en 1886. Las relativas a la tentativa de los arts. 8-14 en 1886 tienen su raíz en los arts. 57-61 y 63 del bávaro, con la sola excepción de que en 1886 se desconoce la tentativa remota, sí legislada en 1867 y en 1813. La legislación sobre la culpa o imprudencia no recibió modificaciones significativas, con la excepción de que los delitos cometidos por negligencia en el Código de 1886 son denominados contravenciones (arts. 15-19).

Los títulos 4, 5 y 6 - *De los autores principales, de los cómplices y encubridores* - demuestran una influencia preponderante del Proyecto de 1867 y de los arts. 45 ss. y 73 ss. de 1813. Los arts. 21 y 22 del Código Penal de 1886 retoman los arts. 45, 46 inc. 1 y 47 del bávaro con la sola excepción de no penalizar la instigación imprudente y la instigación del *omnimodo facturus.* Los arts. 23 y 24 son idénticos al art. 48 incs. 1 y 3 de Feuerbach, así como los arts. 25 - 28 (complot) tienen su fuente en los arts. 50, 51 y 52, con la sola excepción de que no se regula la tentativa remota, y que según el art. 29 del Código de 1886, el que denuncia el complot queda exento de pena en ciertas circunstancias. Las normas sobre los cómplices de primer y segundo grado

[27] Véase Anexo l.

(título 5, arts. 32-41) y de los encubridores (arts. 42-45) demuestran una fuerte influencia de los arts. 73-89. En la Sección Segunda - *De las penas en general, clases de penas, su duración, ejecución y efectos* - se observa una escasa influencia del Código bávaro. Todo el sistema de causas que eximen de pena, atenuación y agravación legal y prudencial se tomaron del modelo del Proyecto de 1881. Con la enumeración de causas agravantes y atenuantes en los arts. 81-84 se adoptó un sistema que fue duramente criticado en posteriores debates.

III

El análisis de la recepción de la dogmática muestra que una parte importante de los artículos del Código bávaro ha quedado como sedimento en los distintos proyectos hasta entrar en partes del primer Código Penal argentino.

Si bien esto se debe a la calidad técnica de la obra de Feuerbach, que hizo que el código sirviera de modelo para muchas legislaciones particulares alemanas[28], la recepción parcial y el tipo de modificaciones introducidas tales como suavizar las penas, reflejan las mismas críticas que la fuente legal recibió en su época en Alemania. Las diversas enmiendas que sufriera y el hecho de que el mismo Feuerbach en 1821 hizo un borrador de otro código penal, luego destruido por él mismo, muestran que "el texto de Feuerbach había fallado en la práctica y, por tanto, estaba abocado al fracaso"[29]. Más allá de las disputas científicas y personales entre el altamente polémico Feuerbach y sus contemporáneos, que lograron aislarle del siguiente proceso de reforma del derecho penal bávaro, aun la crítica más fuerte a su obra no versaba primordialmente sobre la dogmática o el fondo teórico en sí, sino sobre el hecho de que el sistema teóricamente tan bien pensado, en su aplicación práctica llegaba a resultados atroces. Esto no significa que la obra de Feuerbach no hubiera representado un gran avance tanto desde el punto de vista de la dogmática como también del de modelo teórico. El código de Feuerbach simplemente encontró dificultades "no por sus referencias a un estado constitucional humano, sino por su dureza inhumana"[30].

---

[28] Tanto que J. BOHNERT, en Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht (= Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, Philosophisch-historische Klasse, Bericht; Jg. 1982, 2), Heidelberg 1982, 28, dice que fue más la calidad técnica que su contenido teórico lo que hizo famoso al Código bávaro de 1813.

[29] R. SCHRODER, Die Strafgesetzgebung in Deutschland in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, en: Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag, hg. V. M. Stolleis u.a., München 1991, 403, 413.

[30] W. NAUCKE, Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria, en: Cesare Beccaria. Die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa, hg. v. G. Deimling (= Kriminologische Schriftenreihe der Deutschen Kriminologischen Gesellschaft, 100), Heidelberg 1989, 37, 39.

Paradójicamente, la misma teoría, cuya aplicación coherente hizo fracasar al código bávaro en la práctica, fue la que le ganó a Feuerbach tanta fama. En Alemania se sigue destacando que "el espíritu de Feuerbach" ha dominado el siglo XIX[31]; y que desde la perspectiva argentina hace que se remonte a la recepción del código una línea del pensamiento liberal hasta los días del Proyecto de Tejedor. Más allá de las críticas, la fama de Feuerbach como teórico penal se debe al hecho de haber introducido en la tradición jurídica penal alemana los principios liberales y constitucionales basados en la filosofía de Kant[32]. El conjunto de debates de principios del siglo XIX, así como las discusiones de la así llamada controversia de las escuelas de fina- les del mismo siglo, reflejan claramente la virulencia que desató la teoría penal de Feuerbach hasta bien entrado el siglo XX[33] y la "tendencia entre los participantes de las discusiones de principios del XIX a reasegurarse" se sigue manifestando incluso en la actualidad[34]. Es por eso que parece interesante preguntarse si con la recepción de partes de la dogmática fue también recibido este fundamento teórico de la obra de Feuerbach.

La teoría penal en general se manifiesta en la actitud hacia el fin y la justificación de las penas. Tejedor, en su Proyecto, escribe: "La necesidad de las penas depende de la eficacia, y esta eficacia forma con la criminalidad moral y el peligro social que de él resulta, las tres condiciones de la justicia penal, los tres caracteres que deben encontrarse en las acciones que condena, y los castigos que inflija"[35]. Afirma que el Estado no tiene derecho a ocasionar daños a un individuo para fortalecer a otros que se hallan en una situación similar: "Nosotros creemos… que no hay derecho de imponer a un individuo el sufrimiento y la muerte por la edificación de sus semejantes, y que siempre que se pueda, la reforma del condenado debe ser para el criminalista el carácter esencial y fundamental de la represión". Según Tejedor, el individuo debe estar sujeto a una educación, y la prevención especial debe ser el centro del sistema penal. Para él, la pena está justificada por los frutos que da al mejorar al individuo: "La legislación penal recibe, por decirlo así, su sanción del sistema penitenciario, y es por eso que suelta al condenado, se presume bastantemente su regeneración moral".

---

[31] E. SCHMIDT, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Auflage Göttingen 1965, 263.

[32] Para la relación entre Feuerbach y Kant véase O. DORING, *Feuerbachs Straftheorie und ihr Verhältnis zur kantischen Philosophie* (1907), 2a ed., Würzburg 1958; W. NAUCKE, *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs,* Hamburg 1962; ders., Paul Johann Anselm v. Feuerbach, Zur 200. Wiederkehr seines Geburtstages am 14. November 1975, in: Zeitschrift für die gesamten Strafrechtswissenschaften 87 (1975), 861-887.

[33] Cf. R. SCHMIDT, Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung (= Kritische Beitrage zur Strafrechtsreform, ed. Birkmeyer/Nagler, Heft 15), Leipzig 1912, 7.

[34] SCHRÖDER, *supra* nota 29, 406.

[35] la Parte, libro 2, tít. 2, § l, Art. l, nota.

Sin embargo, Tejedor se muestra ecléctico[36] cuando añade que no hay que "exagerar esta teoría. La reforma del condenado es un resultado precioso, por cuanto garante del porvenir, pero no basta para espiar al pasado. La pena es una reparación solemne que se debe a la sociedad y esta deuda del culpable con la justicia humana no puede pagarse sólo con el arrepentimiento". Se advierte que, además de la justificación de la pena desde el principio de la prevención especial, para Tejedor ella cumple otro fin, que no es puramente dirigido a producir un efecto sobre el individuo. No obstante, la idea de que la condena ha de ir acompañada de "un fin más elevado", de mayor trascendencia, "la retribución del mal por el mal la expiación del delito" le parece "poco realista". Aspirar a encontrar condenas en verdadera proporción al delito, una valoración equilibrada de la criminalidad moral del delito y el conocimiento de todas las circunstancias subjetivas, supera la capacidad humana. Al fin y al cabo, y así finaliza su aclaración, se ha de admitir que también la intimidación es un objetivo legítimo de la condena, dado que existen seres humanos que "ponen en balance el placer que puede procurarles, y el mal del castigo"[37].

De esta forma, la postura de Tejedor combina aspectos de una justificación de la pena absoluta con un fin relativo. No obstante, y a pesar de las alusiones que él hace acerca de los que sopesan las ventajas y desventajas de cometer un delito, nos parece que no es partidario de una teoría penal homogénea, sino que se complace con una acumulación pragmática de objetivos legítimos de la pena. Ya eso demuestra cuán lejos está de la teoría penal que sirvió de fundamento para el Código de Baviera: El hecho de ser una concepción homogénea, coherente y bien fundada en la filosofía crítica de Kant fue lo que impresionaba al mundo de la teoría penal de Feuerbach, denominada "teoría de la coacción psicológica" *(Theorie vom psychologischen Zwang)*. Esta concepción de Feuerbach parte de la distinción kantiana entre un *mundus intelligibillis* y un *mundus sensibilis*. El *mundus sensibilis* se rige por las categorías de la necesidad y causalidad, el *mundus intelligibillis,* por los imperativos categóricos de la razón pura.

El Derecho penal con su función de mantener el orden en la sociedad forma parte del *mundus sensibilis* y se rige por imperativos hipotéticos, cuya única justificación puede ser el mantenimiento de las circunstancias para el libre ejercicio de la razón. Es por eso que, dentro de este ámbito de la legalidad, el Estado no tiene derecho de penalizar infracciones de la moral o tratar de mejorar al individuo. En consecuencia, dentro del ámbito del *mundus sensibilis* no se puede hablar de libre albedrío. Esto lleva a Feuerbach a representar la psique humana como un campo de batalla de los instintos; por lo tanto, a los impulsos delictivos habría que

[36] Para este concepto véase V. TAU ANZOÁTEGUI, *Las ideas jurídicas en la Argentina (Siglos XIX-XX),* 2a Ed., Buenos Aires, 1987, 65.

[37] 1a Parte, libro 2, tít. 2, § l, Art. 1, nota.

contraponer efectos intimidatorios de manera que éstos ejerzan una presión psicológica sobre el delincuente potencial. En lo que atañe al concepto de prevención, esta teoría, basada en la filosofía de Kant, va más allá de la teoría absoluta de la pena según el concepto kantiano: para Kant la pena tiene, en primer lugar, el fin de reparar el daño causado por la infracción en sí. Feuerbach se opone y ve el único objetivo de la pena en la prevención general, pero no por el ejercicio público de castigos atroces, sino por la intimidación del individuo y sus efectos sobre el proceso de tomar la decisión en el momento de cometer el crimen. Es por eso que la determinabilidad y la irretroactividad de las leyes son el ancla de su sistema penal.

De esta teoría de la coacción psicológica se derivan consecuencias que Tejedor no tuvo en cuenta. Según Feuerbach, el Estado, limitado a actuar como garantía legal y autorizado tan sólo a cuestionar el grado de peligro de las acciones pero no su moralidad, tiene que considerar precisamente en su legislación penal la diferencia kantiana entre moralidad y legalidad[38]. Y por mucho que ello lleve a Feuerbach a despenalizar las transgresiones mera- mente morales, el Proyecto de 1867 se sigue valiendo de la "criminalidad moral" como requisito para la penalidad. Feuerbach también rechaza precisamente las teorías preventivas aceptadas en su época que confiaban en el propósito de mejorar al delincuente: para él, el objetivo de la condena es "… un delito cometido; la siguiente razón, por la que se impone una pena, la violación de las leyes ocurrida en un tiempo pasado. No se refiere, por tanto, a una desgracia que se le ocasiona a un sujeto por futuras perpetraciones o descuidos, sino que a este sujeto simplemente se le impone una pena, porque… es el origen de acciones, que suponen razón suficiente para ocasionar- le tal daño"[39]. Para Feuerbach, la consumación de la pena no representa de ninguna manera el centro de la condena, sino que sirve únicamente para asegurar su eficacia como amenaza: "El objetivo de hacer cumplir una condena no es otro que el de cumplir con la ley, satisfacer a la justicia y, de este modo, evitar que la ley caiga en contradicción consigo misma"[40]. Contraria- mente a esta teoría, Tejedor coloca la ejecución de la pena en el punto central de su argumentación.

---

[38] Cf. P. J. A. FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts,* parte 1, Erfurt 1799, parte 2 Chemnitz 1800, 2a impresión Aalen 1966, 31, donde Feuerbach caracteriza al Estado como una sociedad para la defensa de los derechos individuales *(Gesellschaft zum Schutz der Rechte).*

[39] FEUERBACH, Parte 1, *supra* nota 38, 5: Objeto de la pena para él es "… *eine begangene Handlung; der nächste Grund, warum gestraft wird, die in die vergangene Zeit fallende Übertretung von Gesetzen. Es wird also damit kein Übel bezeichnet, welches einem Subject, um künftiger Begehungen oder Unterlassungen willen, zugefügt wird; sondern dieses Subject wird blos darum bestraft, weil es… Ursache von Handlungen ist, welche zureichenden Grund zu einem solchen Übel in sich enthalten".*

[40] FEUERBACH, parte 1, *supra* nota 38, 57: *"Der Zweck der Zufügung ist kein anderer, als daß dem Gesetz Genüge geschehe, die Gerechtigkeit befriedigt werde und dadurch das Gesetz nicht mit sich in Widerspruch gerathe".*

El hecho de que Tejedor no compartiera las bases del modelo preventivo de Feuerbach se hace especialmente evidente en los cambios que ocurrieron respecto del principio fundamental de determinabilidad y de irretroactividad. Tejedor regula el principio de determinabilidad en el art. 1 y le da forma expresa al principio de irretroactividad de la ley, en el art. 4 del Libro Segundo. En una nota de página, explica que el principio de determinabilidad es fundamental para los Estados modernos. Esta equiparación de los dos principios con principios generales de estado de derecho, pone de manifiesto que no le importaba la función teórico penal que los principios desempeñaban en la teoría de la coacción psicológica. Sin embargo, para Feuerbach los principios, más allá de tener valor también como garantía constitucional, formaban una parte integral y necesaria del modelo de prevención del código, la teoría de la coacción psicológica: solamente la pena exactamente determinada con anterioridad a la comisión del crimen podía funcionar como factor en el proceso de balancear las ventajas y peligros, lo cual constituía el mecanismo central de su concepción de la coacción psicológica.

La impresión de que Tejedor no se apoyaba en la teoría penal de Feuerbach queda reafirmada tomando como fuente la segunda edición de su *Manual,* publicada en 1871[41], es decir, poco después de la presentación del proyecto[42]. Varios puntos no coincidentes demuestran las diferencias entre el pensar de Tejedor y las bases de Feuerbach. Un punto fundamental es la hipótesis del libre albedrío. Tejedor, siguiendo la tradición ilustrada, postula que el ser humano cuenta con libre albedrío y que esto representa el fundamento jurídico penal: "Habiendo dado Dios a todos los hombres inteligencia y libertad, los ha constituido responsables de sus actos delante de la ley moral"[43], mientras Feuerbach defiende la premisa de que el ser humano no dispone de libre albedrío - y que, en consecuencia, la amenaza de una condena debe ser determinada[44] -: El Derecho penal, de esta forma, compensa necesidades en un sentido mecanicista. Tampoco en relación a los fines de la pena se deja vislumbrar ninguna influencia del pensamiento de Feuerbach.

---

[41] C. TEJEDOR, *Curso de Derecho Criminal. Primera parte: Leyes de fondo,* 2a ed., Buenos Aires, 1871 (1a Edición 1860); ídem, *Curso de Derecho Criminal. Segunda parte: Leyes deforma,* Buenos Aires, 1860.

[42] Pues, no teniendo vigencia legal su Proyecto de 1867 en ese entonces, Tejedor tenía que limitarse a describir la situación legal existente, véase Prefacio de la Primera edición (julio 1860), 5: *La obra pues que ofrecemos, tiene solamente el mérito de aplicación, rejuveneciendo, por decirlo así, con principios sacados de los mejores autores, un derecho que, como las leyes de que trata, resiste el estudio por su antigüedad y barbarie.*

[43] TEJEDOR, *supra* nota 41, 42.

[44] Cf. FEUERBACH, Parte 2, *supra* nota 38, 105: *Daß die moralische Freiheit im engern Sinn durchaus keinen Gebrauch in dem Criminalrechte habe, leuchtet aus ihrer Bestimmung selbst so deutlich ein…* y las siguientes exposiciones acerca de la libertad trascendental, la *trascendentalen Freiheit;* cf. también 130: *Zur moralischen Strafbarkeit ist allerdings die Freiheit eine wesentliche Bedingung… Aber die bürgerliche Strafe kann gar nicht als möglich gedacht werden; so bald wir nicht den Menschen als Naturwesen betrachten, das dem Einfluss von Naturursachen unterworfen ist und durch diese bestimmt werden kann. Durch die Strafe soll auf das Subject eingewirkt, es soll ein Gegengewicht den zur That einladenden Triebfedern entgegengesetzt, es sollen diese durch jenes aufgehoben und hiermit die Willkür desselben zur Gesetzmäßigkeit psychologisch determiniert werden.*

Aunque en el párrafo correspondiente del libro, la intimidación y enmienda como única justificación le parecen poco convincentes por sí mismos, ya que son los que precisamente exigen las penas más crueles o resultan simplemente utópicos, de la teoría de Feuerbach no se halla ninguna huella. Después de dar un panorama de teorías utilitaristas y de legítima defensa, Tejedor llega a la conclusión de "… que el castigo, para ser legítimo, debe revestir dos condiciones: la que el hecho sea inmoral, lo que constituye la justicia intrínseca del castigo; 2a. que éste sea necesario a la conservación del orden social, lo que envuelve su utilidad"[45]. De la misma manera, nombra distintas teorías sobre el fin de las penas. Entre ellas cita a Beccaria, que descarta el fin de la intimidación por llevar a penas demasiado crueles; a Lucas, cuyo fin de reforma del condenado le parece utópico; a Rossi y Kant, para mostrar teorías absolutas. La teoría absoluta de Kant le parece en extremo inaceptable. Concluye Tejedor su comentario al proyecto, basándose en una frase de Séneca: "En nuestra opinión, la intimidación, la expiación, no son los fines del castigo, sino los medios de alcanzarlo. La sociedad castiga, decía Séneca, *ut eum quem punit emendet, aut ut poene ejus coeteros reddat meliores, aut ut sublatis ma/is securiores coeteri vivant"*[46]. Del análisis anterior resulta que Tejedor, tanto en la argumentación de su proyecto como en su manual, no se muestra influenciado de ninguna manera por la teoría de Feuerbach - aunque ésta hubiera sido accesible en el resumen que lleva la traducción del código de Vatel. Sostiene una postura ecléctica, en la que - con cierta ambigüedad - destaca una teoría jurídico penal anclada primordialmente en el modelo de la prevención especial de la tradición ilustrada de finales del siglo XIX[47]. La condena se deriva, en primera instancia, del *ius puniendi* del Estado; en su aplicación se combinan elementos destinados a asegurar la libertad con una línea de pensamiento reeducativo. Tomando la frase de Séneca como el resumen de su teoría penal, constituyen el fin de la pena la intimidación *(poena ejus coeteros reddat meliores),* la prevención especial *(quem punit emendet)* y la defensa social, es decir, subyace el concepto de utilidad *(sublatis malis securiores coeteri vivant).* Consecuentemente, Tejedor no ha conseguido comprender el verdadero razona- miento filosófico de las teorías absolutas.

Esto no sorprende si se tiene en cuenta que la filosofía de Kant - que constituyó indudablemente un punto de cristalización del debate teórico penal en la Alemania del siglo XIX - se dio a conocer en Argentina bastante más tarde[48]. No obstante,

---

[45] TEJEDOR, *supra* nota 41, 9.

[46] Ídem, 10.

[47] Cf. para la transición de la teoría del absolutismo ilustrado O. FISCHL, *Der Einfluss der Aufklärungsphilosophie auf die Entwicklung des Strafrechts in Doktrin, Politik und Gesetzgebung und Vergleichung der damaligen Bewertung mit den heutigen Reformversuchen,* Breslau 1913, reimpreso Aalen 1981.

[48] Cf. para la recepción de Kant en la Argentina: J. DOTTI, *La letra gótica. Recepción de Kant en la Argentina desde el romanticismo hasta el treinta,* Buenos Aires, 1922; ídem, "La recepción inicial de Kant en Argentina (1837-1930)", en: AFJS 4 (1984), 191; G. FONDEVILA, "Historia del kantismo jurídico en la iusfilosofía argentina", *RHDRL* 32 (1996), 29. También TAU ANZOÁTEGUI, *supra* nota 6 y

no se puede entender el razonamiento de Feuerbach sin conocer las líneas de pensamiento de la filosofía kantiana del cual se "nutría", como él mismo lo expresaba en una de sus publicaciones. De ahí que en la Argentina faltaran las condiciones intelectuales esenciales para la recepción de su teoría penal. Esto no fue alterado por el hecho de que Juan Bautista Alberdi ya hubiera presentado elementos de la filosofía kantiana en su tesis doctoral de 1837, *Fragmento preliminar al estudio del Derecho,* obra fuertemente influenciada por la Escuela Histórica Alemana; y lo mismo se puede decir también de Manuel J. Quiroga de la Rosa en su *Tesis sobre la naturaleza filosófica del derecho* y en las ediciones en español de manuales franceses, aparecidas en 1840 y 1864 con anotaciones relacionadas[49]. Sin embargo, en estos trabajos de la época de Tejedor se presenta a Kant de manera fragmenta- da, centrándose en una interpretación romántica y, por lo general, desde una perspectiva francesa. La recepción más completa y sólida queda reservada a las décadas posteriores a 1880, principalmente después de 1910[50].

En el campo de la teoría penal se conservó hasta entonces, tal y como se observa en las anotaciones de Tejedor, una tradición que se remonta a ideas de la época del absolutismo ilustrado. La adopción del código de Feuerbach, en este sentido, no puede justificar una "línea humanista-liberal" mantenida por el derecho penal desde la independencia. La actitud dominante, más bien pragmática, se refleja bien en la caracterización de Tejedor - no referida en concreto a su línea de pensamiento teórico penal, aunque también se ajustaría: "Era más jurisconsulto que literato, más hombre de ciencia que de letras, el ciudadano, en fin, del consejo necesario"[51]. Su código penal debía resultar, principalmente, útil para la joven República, no necesariamente innovador en el aspecto teórico.

Si ya en 1867 no había rastro del fundamento teórico penal de la fuente alemana, sucede lo mismo en el Código de 1886. En las dos décadas entre el proyecto y la sanción del código no se consiguieron verdaderos avances en este terreno. Las modificaciones introducidas en 1867, principalmente la omisión del principio de determinabilidad, ratifican aquí también la pérdida de la dimensión teórico penal del Código bávaro. Por lo demás, el debate sobre la promulgación adoleció de falta de tiempo; apenas hubo ocasión de entrar en discusiones sobre el contenido. En

M. LACLAU, Etapas de la evolución de la iusfilosofía jurídica argentina, en: ídem, "La Historicidad del derecho", Buenos Aires, 1994, 185.

[49] Cf. J. B. ALBERDI, *Fragmento preliminar al estudio del derecho.* Acompañado de una serie numerosa de consideraciones formando una especie de programa de los trabajos futuros de la inteligencia argentina, Buenos Aires, 1954 (1a edición, 1837); P. LARROQUE, *Elementos de filosofía,* Buenos Aires, 1848, traducción del Cours de philosophie, París, 1840; E. GERUSEZ, *Nuevo curso de filosofía,* París, 1864, traducción de la 2a edición.

[50] Cf. FONDEVILA, *supra* nota 48, 31; y P. BUCHBINDER, *Historia de la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires,* Buenos Aires, 1997.

[51] Cf. MARTÍNEZ, *supra* nota 4.

general, todos se mostraron partidarios del pensamiento evolutivo de la Escuela Histórica y se dieron por satisfechos con argumentos generales, tales como la caracterización del derecho penal como resultado del sentir moral de cada época[52]. Aunque hechos aislados muestran un cierto avance, no había una orientación más profunda en lo que atañe al fundamento teórico.

Al presentar el proyecto a los miembros del comité examinador de la legislación, se calificó precisamente el carácter intimidatorio de la ley, de muy valioso[53]. Si se consideraba la imputación de una pena como "el resultado de la cooperación entre ley y juez"[54] ello no es más que otra prueba de que el modelo original de legislación de Feuerbach no había servido de referencia. Tampoco aportaron nada nuevo los debates siguientes[55]. Si se destaca el mérito de Feuerbach en favor del constitucionalismo en el ambiente penal, y se considera que su Código, a pesar de sus defectos en la puesta en práctica, ha "determinado decisivamente todo el trabajo de legislación penal del siglo XIX"[56] en calidad de punto de partida del desarrollo constitucional-liberal de la teoría penal, se ha de admitir que esta etapa del derecho penal aún no se había inicia- do en Argentina a finales del siglo XIX.

IV

Tan sólo pocos años después de la aparición del Código de 1886, la discusión teórico penal en los proyectos de reforma de 1891, 1900, 1903, 1906 y 1916 revela un panorama considerablemente distinto. En un decreto de 1890, del que resultó el encargo de un proyecto de reforma más actualiza- do, se señalaba la necesidad de modificarlo no sólo por sus defectos técnicos, sino por las nuevas tendencias en la teoría penal: "La ciencia penal se ha enriquecido con nuevas doctrinas que, si bien son objeto de discusión y no se imponen desde ya como verdades inconclusas, deben tomarse en con- sideración para aceptar de ellas lo que pudiera importar un progreso para nuestra legislación"[57]. Significativamente, con estas "nuevas doctrinas" no se hacía referencia a la teoría penal de Feuerbach, sino a los postulados de la denominada escuela moderna del derecho penal. Desde este momento, el debate sobre la reforma jurídico penal fue determinado por sus representantes, agrupados en torno a la criminología, nueva ciencia de una expansión extraordinaria[58]. En los debates parlamentarios de 1900 sobre el

[52] Cf. Diputado Solveyra, *DSCD,* Sesión del 23 de octubre de 1885, 719.

[53] Diputado Posse, ídem, 726.

[54] Ibídem.

[55] *DSCD,* Sesión del 23 de octubre de 1885, 719; *DSCD,* Sesión del 12 de noviembre de 1886, 689; *DSCD,* Sesión del15 de noviembre de 1886, 734; *DSCS,* Sesión del 23 de noviembre de 1886, 902.

[56] SCHMIDT, *supra* nota 31, 263.

[57] Decreto de 1890, véase *DSCS,* Anexo a la Sesión del23 de septiembre de 1920, 937.

[58] Para un panorama de la notable producción literaria de este movimiento véase la documentación de E. GÓMEZ, *Criminología Argentina. Reseña Bibliográfica,* Buenos Aires, 1912, XXX.

proyecto de 1891, se citaba como autoridades innegables a Ferri y a Garófalo[59] y la defensa de la sociedad como único objetivo de la pena: "El objeto del código argentino no puede ser otro que el objetivo de los demás códigos en este caso: defender a la sociedad del modo más eficaz, del modo más humano y con el menor costo para la sociedad"[60]. Tres años más tarde, el Senado puso en duda la conveniencia de una reforma parcial del Código Penal con el interrogante de si no sería más conveniente llevar a cabo una reformulación integral del derecho vigente partiendo de las ideas dominantes desde la "revolución" jurídico penal de Lombroso, que había visitado la Argentina en 1906. No fue coincidencia, que su hija luego afirmara que la Argentina fue el primer país que comprendió y aplicó las ideas de su padre[61].

Esta evolución tuvo lugar en el marco de las dramáticas transformaciones sociológicas, políticas, económicas e intelectuales entre 1885 y 1929, que tuvieron como consecuencia una profunda crisis en el sistema socio-político[62]. Los efectos económicos negativos causados por los procesos de modernización - tales como breves fases cíclicas de expansión y de crisis, intranquilidad política y problemas sociales en relación con la inmigración masiva - estimularon en gran manera la investigación criminológica. Si la población se triplicó entre 1887 y 1912, la criminalidad aumentó siete veces[63]. Gracias al reciente crecimiento en el intercambio con el continente europeo, fue posible aplicar la metodología más avanzada del debate internacional para el intento de superar científicamente estas manifestaciones. De manera inesperada - y a diferencia de las circunstancias en las que surgen el Proyecto de 1867 y el Código Penal de 1886 - se logró mantener una discusión teórica considerablemente sincronizada con Europa. Esta estimulante actividad se dejó notar, sobre todo, en un proceso de institucionalización científica. Ya en 1888 se creó una *Sociedad de Antropología Jurídica* cuyos fundadores, de gran influencia en la teoría jurídico penal, se habían dedicado a difundir las ideas de los positivistas italianos; la revista *Criminología Moderna* apareció en 1898 y la *Revista*

---

[59] Cf. ARGERICH, en *DSCD,* Sesión del 13 de junio de 1900, 275, 287; OLIVERA, 303; SÁNCHEZ, 312.

[60] *DSCD,* Sesión del 13 de junio de 1900. Diputado OLIVERA, *DSCD,* Sesión del 13 de junio de 1900, 305, 306.

[61] *L 'Argentina fu con Piñero, Ramos Mejía, Cabred il primo paese credo abbia capi e applicato le idee di mio padre, e fu per me e per lui una gran gioia nel 1906 di venier a constatare quante si era fatto in que el campo; ma vedo che da quel giorno l'Argentina continua a tenersi alla testa delta nazioni che hanno capito interamente, organicamente, le direttive di mio padre nella lotta contra il delito e le hanno meglio applicate,* G. LOMBROSO, carta del 29 de julio de 1936, fuente: O. LOUDET, Figuras próximas y lejanas al margen de la historia, Buenos Aires, 1970, 201.

[62] Cf. en general E. GALLO, "Argentina: society and politics, 1880-1916", en: *The Cambridge History of Latin America,* ed. L. Bethell, t. V. Cambridge, 1986, 359; N. R. BOTANA / E. GALLO, Estudio preliminar, en: ídem, De la República posible a la República verdadera (1880-1910), Biblioteca del Pensamiento Argentino, t. III, Buenos Aires, 1997, 11.

[63] J. BLACKWELDER / L. JOHNSON, "Changing criminal patterns in Buenos Aires, 1890-1914", en: *Journal of Latin American Studies* 14 (1982), 359.

Penitenciaria en 1905, y en 1907 se fundó el *Instituto de Criminología de la Penitenciaría* Nacional[64]. Las teorías que llegaron a Argentina en el marco de este proceso de modernización y ruptura, se adherían casi exclusivamente a la corriente de conocimiento positivista[65].

Los representantes de estas posiciones constituían, por lo general, la élite política y, en estos tiempos de crisis del sistema socio-político, aspiraban a construir un país moderno y económicamente fuerte a partir del modelo de Estado intervencionista[66]. Este grupo combinaba de manera peculiar el liberalismo económico con el autoritarismo cuando se trataba de eliminar factores que obstaculizaran los procesos de desarrollo orientados al progreso. Su denominación como *liberales reformistas* revela la ambivalencia de su cosmovisión. La criminología les proporcionaba una medida científica apropiada para acompañar la ambicionada modernización y las medidas autoritarias necesarias para alcanzarla. El alcoholismo y el comportamiento asocial hicieron deseables la adopción de mecanismos de control social. En el centro mismo de la discusión en torno a la reforma jurídico penal se hallaban conceptos como el de *defensa social,* y se cuestionaba cómo llevar a la práctica el hecho, indispensable por razones preventivo-sociales, de que los jueces dispusieran de una amplia libertad en la aplicación de penas.

Los representantes de las corrientes tradicionales, valiéndose de argumentos basados en modelos de reflexión anticuados, no pudieron objetar nada a estas novedades. Por su parte, los seguidores de las teorías modernas se mostraron satisfechos al comprobar que la Escuela Clásica de Argentina "ha muerto sin lucha entre nosotros"[67]. De esta manera, una criminología basada en la comprensión unilateral de las diversas teorías tomó la iniciativa rápidamente en las universidades más importantes de finales del siglo XIX y ocupó posiciones académicas antes de

---

[64] Cf. J. BABINI, *Historia de la Ciencia en la Argentina,* Buenos Aires, 1986.

[65] R. SOLER, *El positivismo argentino,* Buenos Aires, 1968, 143; y los diversos capítulos en H. E. BIAGINI, *El movimiento positivista argentino,* Buenos Aires, 1985.

[66] E. ZIMMERMANN, *Los Liberales Reformistas. La cuestión social en la Argentina 1890-1916,* Buenos Aires, 1994, destaca la evolución de las ideas liberales en la segunda mitad del siglo con la denominación de los *liberales reformistas,* 12. Su tesis general está apoyada por diversos trabajos de investigación reciente, p. ej., R. D. SALVATORE, "Criminology, Prison Reform, and the Buenos Aires Working Class", en: *Journal ofinterdisciplinary History* 23:2 (1992), 279; L. M. CAIMARI, "Whose Criminals are there? Church, State and patronatos and the rehabilitation of female convicts (Buenos Aires, 1890-1940)", en: *The Americas* 54 (1997), 185; K. MEAD, "Gendering the obstacles to Progress in Positivist Argentina, 1880-1920", en: *Hispanic American Historical Review* 77 (1997), 645; B. RUIBAL, *Ideología del control social. Buenos Aires 1880-1920,* Buenos Aires, 1993 y en los diversos aportes en la colección R. D. SALVATORE / C. AGUIRRE (Ed.), *The Bird of the Penitentiary in Latín America: Essays on Criminology, Prison Reform and Social Control, 1830-1940,* Austin, 1996. Para un panorama véase CH. A. HALE, "Political and social ideas in Latin America, 1870-1930", en: *The Cambridge History of Latin America,* hg. v. L. Bethell, t. IV, Cambridge 1986, 367; y J. D. NEEDELL, "Optimism and Melancholy: Elite Response to the *fin de siècle bonaerense",* en: *Journal of Latin American Studies* 31 (1999), 551.

[67] C. O. BUNGE, "Los nuevos rumbos del derecho penal", en: *RACP* 2 (1911), 479, 500.

que se hubiera podido instituir una recepción profunda del fundamento teórico de la teoría del derecho penal liberal-constitucional[68].

El hecho de que en los proyectos o en las nuevas leyes penales no se pudieran poner en práctica completamente los conceptos autoritarios influenciados por las nuevas teorías responde a varias causas[69]. Primero, la producción literaria estaba dominada por la generación modernizadora, lo que no necesariamente reflejaba la opinión común de la época. En 1911, Carlos Octavio Bunge escribe que la escuela Clásica seguía dominante en la ley y teniendo su arraigo en el ambiente judicial: "sólo ha luchado, y ahí parece que, no sin anacronismo, continúa triunfante hasta el presente, en los dominios de la ley, y hasta cierto punto en la jurisprudencia de los tribunales"[70]. Una breve revisión de las sentencias en lo penal parece comprobar que en la jurisdicción de primera instancia había ciertos intentos de introducir el pensamiento moderno *de lege ferenda,* aprovechando por ejemplo cláusulas generales como el art. 83 inc. 7 del Código Penal de 1886, que admitió como circunstancia atenuante "cualquier otra circunstancia análoga a las anteriores" y que sería la cláusula idónea para introducir paulatinamente los fines de la escuela moderna; dichos fallos no obstante, fueron revocados por la Cámara de Apelación[71]. Además, junto a la actitud moderada de no fijar inmediatamente en

[68] Una razón para este desarrollo podría haber sido el estado lamentable de la ciencia penal de dicha época. Véase J. P. RAMOS, "La enseñanza de la ciencia criminal", en: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,* Universidad de Buenos Aires, 1919, 412. También *BUNGE, supra* nota 67, 479. Los que se ocuparon del derecho penal pues eran los afiliados de la escuela moderna como los catedráticos Osvaldo M. Piñero, Juan P. Ramos, Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez; Cf. SILVA RIESTRA, *supra* nota 4, 42.

[69] Sin explicación B. RUIBAL, "Medicina legal y derecho penal a fines del siglo CIX", en: *Política, médicos y enfermedades. Lecturas de historia de la salud en la Argentina,* ed. Zaida Lobato, Buenos Aires, 1996, 193.

[70] BUNGE, *supra* nota 67, 500.

[71] Para tener mejor conocimiento del pensamiento de la época, los fallos presentarían una fuente interesante para una investigación sistemática del arraigo de teorías modernas en el ambiente judicial. He revisado nada más que los Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con la relación de sus respectivas causas, tomos 90 (1905) - 128 (1918); si bien por su carácter destacado y el hecho de presentar una selección esta fuente no parece representativa para la práctica jurídica de la época, hay algunos indicios de que había intentos de introducir argumentación que se basaba en el pensamiento criminológico. En una causa, el partidario de la escuela moderna y juez de primera instancia, Baltasar S. Beltrán, intentó usar el art. 83 del Código Penal de 1886 para considerar la situación del agente y así llegar a una condena más leve. Su sentencia fue revocada por la Cámara: "Que en cuanto a la atenuante considerada en el fallo recurrido, a más de la impropiedad e inoportunidad de los términos con que se la invoca, no es una atenuante legal, ni podría inducirse que a ser ciertas las consideraciones personales enunciadas por el juez, implicaría cualquiera de los caracteres a que se refiere el inciso primero del artículo 83 de Código Penal", véase t. 108 (1908), 36, 41. Otro caso que muestra ciertas tensiones sobre el valor explicativo de las pericias basados en teorías criminológicas y contiene una disidencia del juez C. Moyano Gacitúa, en t. 110 (1909), 24; en otro caso, t. 125 (1917), 99, en el cual el juez se había referido a lo expuesto en R. Rivarola, exposición y crítica del Código penal, S 115, la legislación internacional y la investigación de Setti, La Forza irresistible y trata de extender el uso del art. 83 inc. 1 del Código de 1886, la Cámara habla de una *extensión absurda del inc.*

proyectos de ley una evolución científica no finalizada[72], habrían influido la crisis general del sistema socio-político y la resultante necesidad de tomar medidas en otros aspectos, así como el esfuerzo que implicaba considerar el flujo de proyectos europeos de codificación.

Asimismo, un análisis de la discusión contemporánea demuestra que un obstáculo importante lo constituía el reparto de competencias entre la nación y las provincias. Puesto que la ejecución de la pena era competencia de las provincias y éstas no estaban a la altura, sobre todo económicamente, de las cuantiosas exigencias de las teorías modernas, la mayoría de ellas no hubieran podido aplicar una legislación apoyada en sus postulados. "La mayor parte de las provincias tienen, como único establecimiento penal una cárcel, que no tiene de tal sino el nombre y a ella van indistintamente el ladrón, el asesino, el condenado político, el contraventor, el detenido y hasta el niño, autor de alguna insignificante contravención…", dice el senador Herrera en su larga exposición frente a la Cámara de Senadores en un debate del año 1903. Y en torno al reparto federal de tareas en la Constitución señala que la parálisis de las reformas también se debía a este problema: "Ésa es cuestión de presupuesto, no de código" o "Es cuestión de principios constitucionales; porque se ha creído que sería un ataque a la autonomía de las provincias, se ha dejado esto dentro de sus facultades…"[73].

Las desastrosas condiciones de vida en la mayoría de las cárceles provinciales, muy lejos de estar equipadas como algunos de los establecimientos penitenciarios modelos de la Capital Federal, reflejaban las marcadas diferencias dentro de la República[74]. Es por eso que en 1918 se escribe que "rancias ideas de federalismo, inexplicables en esta materia y en este tiempo, son las que han obstado al estudio y sanción de los proyectos"[75]. Por lo tanto, también hay que remitirse a las dilaciones surgidas a partir de esta problemática para explicar el hecho de que el Código Penal de 1921 se publicara en un clima en el que el primer entusiasmo ante la recepción

1… que llevaría también a la absolución de todos los delincuentes ocasionales, en los delitos de sangre, pues es sabido que en estos delitos nadie mata o hiere por perversión, sino por ofuscación, decisión apoyada por la Corte Suprema, p. 105.

[72] Exposición de motivos del proyecto de la Comisión del Proyecto de 1906, *supra* nota 18: *Las preocupaciones de escuela, las discusiones teóricas, las disquisiciones académicas, no han tenido cabida en el seno de la comisión, y cualesquiera que fueren las opiniones personales de sus miembros sobre tópicos determinados de la ciencia penal, todos han estado de acuerdo en que no era la oportunidad de sostenerlas, porque queríamos que la obra común resultara libre de todo espíritu sectario y constituyese una zona franca, a cubierto de cualquier reproche de exclusivismo.*

[73] Diputados PELLEGRINI y HERRERA, *DSCS,* Sesión del2 de julio de 1903, 173.

[74] Véase C. O. BUNGE, "El problema carcelario", en: *RACP* 2 (1911), 234; E. GÓMEZ, "Cárceles y establecimientos necesarios en el orden nacional y provincial, para hacer efectiva la penalidad establecida en las leyes", en: *Revista de Criminología, Psiquiatría y Medicina Legal* 1 (1914), 297; R. RIVAROLA, "El problema carcelario actual", en: *RACP* 2 (1911), 96 y L. V. VARELA, *La cuestión penal. Estudio sobre el sistema penitenciario,* Buenos Aires, 1876.

[75] F. ORIONE, "Individualización de las penas", en: *RACP* 16 (1918), 205, 208.

de las teorías modernas ya hubiera disminuido[76], y subsistiendo aún los problemas para poner en práctica las reformas[77].

V

Al preguntarnos por el resultado del análisis de la recepción del derecho penal en Argentina, hay que ratificar en primer lugar, que el renombrado código de Feuerbach llegó parcialmente y en pasajes importantes, pero que nunca sirvió realmente como base teórica. Hay una brecha entre la recepción de la dogmática y de la teoría. Una parte considerable de las normas del Código de Baviera tuvo vigencia durante casi dos décadas en la mayoría de las provincias en forma del Proyecto de 1867, e incluso siguieron ejerciendo influencia sobre la evolución del derecho después de 1886 gracias a la consulta de sus anotaciones[78]. En el Código de 1886 se mantuvieron muchos de los artículos, si bien parcialmente reducidos y modificados. La recepción que el destino les depara a continuación ha de ser objeto de un estudio individual, para el que aquí se han querido fijar de momento tan sólo las bases.

Desde la perspectiva de la historia jurídica argentina, la falta de recepción de la teoría parece significativa: el Proyecto de 1867 y el Código Penal de 1886, así como el resto de las discusiones, muestran que en el siglo XIX en el campo de la teoría penal, había una transición acelerada del pensa- miento en el paso del absolutismo ilustrado de finales del siglo XVIII al modelo intervencionista de principios del XX. A pesar del énfasis ilustrado de los fundadores de la *Generación del 37,* el constitucionalismo jurídico penal, tan importante para la protección jurídica del ciudadano, y representa- do en Alemania por Feuerbach, no logró echar raíces en la tradición de la teoría jurídico penal argentina. Incluso al poco tiempo de la aparición del código, nuevas corrientes europeas, subordinadas a la concepción dominante de una modernización autoritaria, ofrecían mayor atractivo. Estas teorías no se llegaron a plasmar en la legislación, principalmente porque su aplicación hubiera comportado cargas considerables a las provincias. La demora ocasionada por esta razón hizo que el primer entusiasmo cejara, y el Código Penal de 1921 revela una línea más equilibrada, sin que ello refleje las importantes oscilaciones teóricas de las décadas siguientes a la publicación del Proyecto de Tejedor o del primer Código Penal.

---

[76] No parece coincidencia que la recepción reciente de la filosofía kantiana en la Argentina coincida con este desarrollo, visible p. ej. en la obra de Rivarola y otros. Cf. DOTTI, *supra* nota 48, 155; LACLAU (ob. cit. n. 48), 205. Ejemplar para la creciente critica A. MATTEUZI, El fracaso de la escuela positivista italiana de criminología, en: *RACP* 2 (1911), 721, 920

[77] Véase el debate en el Senado, *DSCS* 1921, t. 1, 31O, donde se destaca *La dificultad en nuestro país de aplicarles en la práctica…* y que muchas reformas hubieran sido introducidas *de acuerdo con lo que establece la ciencia moderna sociológica,* pero *resultan materialmente inadaptables en el estado actual de la nación…*

[78] Cf. MORENO (ob. cit. n. 7), t. 1, S. 56.

Así pues, parece posible trazar una línea de continuidad en la reflexión jurídico penal desde un pensamiento con huellas del absolutismo ilustrado tardío hasta un intervencionismo que llegó a tener un cierto significado en la sociedad argentina del cambio del siglo. Si bien el debate teórico penal cambió sus razonamientos con el auge de la criminología, y los conceptos teóricos cambiaron considerablemente, en lo que atañe al énfasis en la defensa social las posiciones se asemejaron. Aun cuando Tejedor derivara el *ius punendi* del Estado desde el punto de vista de la reprobación y del peligro social, la *defensa social* se convirtió, en un debate posterior, en el ideal de las teorías preventivas especiales. Así, el hecho de que hubiera una recepción de la dogmática de la obra de Feuerbach, no debe confundirse con su recepción teórica: la corriente liberal-constitucional situada en la historia de la teoría jurídico penal entre los modelos del pensamiento del absolutismo ilustrado tardío y el intervencionismo y ligada en Alemania, sobre todo, al nombre de Feuerbach, no se consolidó en la República Argentina.

Anexo I
Sinopsis de la 1ª parte, Libro 1. Proyecto de 1867 con el Código de Baviera de 1813 y Código Penal de 1886

Materia	Código bávaro de 1813	Proyecto de 1867	Código Penal de 1886
Disposiciones generales			
Voluntad criminal	1-4, 37, 38, 48, 42, 43, 44	Parte 1, Libro 1, Título 1.	art. 1-7
Tentativa	57, 58, 60-63	Parte 1, Libro 1, Título 2.	art. 8-14
Culpa o Negligencia	64-70	Parte 1, Libro 1, Título 3.	art. 15-19
Autores principales	45-55	Parte 1, Libro 1, Título 4.	art. 21-31
Cómplices	73-78, 80, 81, 83	Parte 1, Libro 1, Título 5.	art. 32-41
Auxiliares o Coautores	84-89	Parte 1, Libro 1, Título 6.	art. 42-44
Responsabilidad civil	-	Parte 1, Libro 1, Título 7.	-

Anexo II
Sinopsis de la 1ª parte, Libro 2, títulos 3-6 Proyecto de 1867 con el Código de Baviera de 1813

	Proyecto de 1867	Código de Baviera de 1813
Título 3	*Causas que eximen de pena*	
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art. 1	119
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art. 2	120
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art. 3	121
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art. 4	122
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art. 5	123
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art. 6	124
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art. 7	125
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art. 8	126
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art. 9	127
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art. 10	128
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art, 11	129
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art, 12	130-132
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art. 13	133
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art. 14	134
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art. 15	135
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art. 16	136
	Parte 1, Libro 2, Título 3, Art. 17	137
Título 4	*Atenuación legal*	
	Parte 1, Libro 2, Título 4, Art. 11	97
	Parte 1, Libro 2, Título 4, Art. 2	98, 99
	Parte 1, Libro 2, Título 4, Art. 3	-
	Parte 1, Libro 2, Título 4, Art. 4	99
	Parte 1, Libro 2, Título 4, Art. 5	100
	Parte 1, Libro 2, Título 4, Art. 6	101
	Parte 1, Libro 2, Título 4, Art. 7	102

	Parte 1, Libro 2, Título 4, Art. 8	103
	Parte 1, Libro 2, Título 4, Art. 9	104
	Parte 1, Libro 2, Título 4, Art. 10	105
	Parte 1, Libro 2, Título 4, Art. 11	106
	Parte 1, Libro 2, Título 4, Art. 12	118
Título 5	*Agravación legal*	
	Parte 1, Libro 2, Título 5, Art. 1	107
	Parte 1, Libro 2, Título 5, Art. 2	108
	Parte 1, Libro 2, Título 5, Art. 3	109
	Parte 1, Libro 2, Título 5, Art. 4	110
	Parte 1, Libro 2, Título 5, Art. 5	111
	Parte 1, Libro 2, Título 5, Art. 6	114
	Parte 1, Libro 2, Título 5, Art. 7	112
	Parte 1, Libro 2, Título 5, Art, 8	113
	Parte 1, Libro 2, Título 5, Art. 9	115
	Parte 1, Libro 2, Título 5, Art. 10	116
Título 6	*Atenuación y agravación prudencial*	
	Parte 1, Libro 2, Título 6, Art. 1	90
	Parte 1, Libro 2, Título 6, Art. 2	91
	Parte 1, Libro 2, Título 6, Art. 3	92
	Parte 1, Libro 2, Título 6, Art. 4	93
	Parte 1, Libro 2, Título 6, Art. 5	94
	Parte 1, Libro 2, Título 6, Art. 6	95
	Parte 1, Libro 2, Título 6, Art. 7	-

XIII. Asesinatos por honor en el derecho penal alemán*

Luís Greco

1. Introducción

La apertura de la sociedad alemana, surgida sobre todo en las últimas décadas, hacia grupos culturales hasta la fecha extraños, plantea nuevos desafíos al derecho penal.[1] Como consecuencias concretas de esta cambiante situación social, aparece en el ámbito del derecho penal clásico, por ejemplo, la cuestión sobre si la circuncisión de los niños fundamentada en la religión debería permanecer impune

---

* Trad. del original alemán a cargo de la Fundación Giménez Abad. Primera publicación in: Elósegui Itxaso (Hrsg.), La neutralidad del Estado y el papel de la religión en la esfera pública en Alemania, Zaragoza, 2012, p. 227-251.

[1] El artículo se refiere únicamente a la situación en Alemania, pero ello no quiere decir que otros países no tengan que luchar con problemas similares: en Italia, las monografías más importantes sobre el tema parecen defender un tratamiento tendencialmente atenuante de los delitos culturalmente influenciados (cf. PASTORE, en Pastore/Lanza, *Multiculturalismo e giurisdizione penale*, Torino, 2008, pág. 5 y sig., especialmente 34 y sig., 43; BERNARDI, *Modelli penale e società multiculturale*, Torino, 2006, pág. 128 y sig.; ÍBIDEM, *Il 'fattore culturale' nel sistema penale*, Torino, 2010, pág. 98 y sig.; DE MAGLIE, *Los delitos culturalmente motivados*, trad. del italiano por Macías Caro, Madrid, 2012, pág. 192 y sig., 272 y sig.). En la zona anglosajona existe una amplia discusión sobre la llamada "*cultural defense*": véase RELTELN, *The cultural defense*, Oxford, 2005; FOBBLETS/RELTELN (comps.), *Multicultural jurisprudence. Comparative perspectives on the cultural defense*, Oxford/Oregon, 2009; DE MAGLIE (n. 1), pág. 135 y sig. Para España véase la (desde el punto de vista jurídico muy insatisfactoria) contribución de TRUFFIN/ARJONA, *The Cultural Defense in Spain*, Íbid., pág. 85 y sig.

como supuesto de un comportamiento “socialmente adecuado”,[2] así como el problema de si los homicidios premeditados que se cometen para salvaguardar una concepción de honor de la familia[3], de difícil comprensión según los modernos conceptos occidentales, pero muy presente en algunos grupos de la población, se tengan que clasificar no sólo como homicidio (§ 212, Código Penal alemán), sino como asesinato por móvil abyecto (§ 211, Código Penal alemán). Esta cuestión sobre la valoración de los llamados actos de venganza de sangre y asesinatos por honor, en Alemania ya fue objeto de varias sentencias del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán) y ha provocado extensos debates científicos.

Se demostrará que los debates se mantienen de modo tan polarizados debido a que todavía no se han establecido las necesarias inferencias de una premisa principal del derecho penal del hecho, a saber, la diferenciación de Kant entre legalidad y moralidad.

A) Sobre la terminología

El Bundeskriminalamt (Oficina Federal de Investigación Criminal) define en sus estadísticas criminales los asesinatos por honor como homicidios "que se cometen por una supuesta obligación cultural dentro de la propia unidad familiar para satisfacer el honor de la familia".[4] Pero parece más adecuado un término más extensivo que renuncie a la restricción a los homicidios dentro de la propia unidad familiar y, de este modo, incluya también los homicidios de personas ajenas a la

---

[2] Según la opinión dominante: véase T. EXNER, *Sozialadäquanz im Strafrecht. Zur Knabenbeschneidung*, 2011, pág. 58 y sig., 190; y JEROUSCHECK, Beschneidung und das deutsche Recht, en *NStZ* (Neue Zeitschrift für Strafrecht, *Nueva revista del Derecho Penal*) 2008, pág. 313 y sig. (pág. 317 y sig.); FATEH-MOGHADAM, Religiöse Rechtfertigung? Die Beschneidung von Knaben zwischen Strafrecht, Religionsfreiheit und elterlichem Sorgerecht, en: *Rechtswissenschaft* 2010, pág. 115 y sig. (127 y sig., 141: “consentimiento en representación”); HERZBERG, Rechtliche Probleme der rituellen Beschneidung, en *JZ* (Juristenzeitung, *Revista de los Juristas*) 2009, pág. 331 y sig. (quien aboga por delito de lesiones). Por contra, la criminalidad de la mutilación genital femenina está fuera de cualquier discusión, véase solamente LENCKNER/STERNBERG-LIEBEN, en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch* 28ª edición 2010, Vor §§ 32 ff. n. m. 41. Más áreas problemáticas en HILGENDORF, Strafrecht und Interkulturalität, en *JZ* 2009, pág. 139 y sig. y en VALERIUS, *Kultur und Strafrecht*, 2011, pág. 59 y sig.

[3] Para una descripción de este concepto del honor: NEHM, Blutrache – ein niedriger Beweggrund?, en: J. Arnold entre otros (comp.), *Festschrift für Eser*, 2003, pág. 419 y sig. (422 y sig.); RUMPF, *Die Ehre im türkischen Strafrecht*, http://www.tuerkei-recht.de/downloads/ehre.pdf (solicitada el 19 de julio del 2011); BAUMEISTER, *Ehrenmorde*, 2007, pág. 23 y sig.; CÖSTER, *Ehrenmord in Deutschland*, 2009, pág. 35 y sig.; KRAIS, *Blutrache und Strafrecht*, 2009, pág. 6 y sig.; POHLREICH, *„Ehrenmorde“ im Wandel des Strafrechts*, 2009, pág. 23 y sig.; GRÜNEWALD, Tötungen aus Gründen der Ehre, en *NStZ* 2010, pág. 1 y sig. (8 y sig.); desde una perspectiva sociológica YAZGAN, *Morde ohne Ehre*, 2011, pág. 31 y sig.

[4] BKA (*Oficina Federal de Investigación Criminal*), Información de prensa sobre los resultados de una consulta coordinada sobre el fenómeno de los "Asesinatos por honor en Alemania", pág. 3 (disponible en http://www.bka.de/pressemitteilungen/ 2006/060519_pi_ehrenmorde.pdf, solicitada el 20 de julio del 2011). En contra del término por sus supuestas connotaciones positivas: SINN en *SK-StGB* 2010 § 211 n. m. 27.

familia, ejecutados por obligación familiar, es decir, aquellos casos que frecuentemente se denominan como "venganza de sangre"[5].[6] *Los asesinatos por honor* en su sentido amplio y también en el sentido que aquí nos interesa son, por lo tanto, homicidios premeditados que se cometen por una supuesta obligación cultural para satisfacer el honor de la familia.

B) Fenomenología de los casos

En los últimos años se ha registrado una cantidad nada insignificante de estos asesinatos por honor.[7] La siguiente configuración parece representar el prototipo[8]: Una mujer[9] que vive en Alemania, pero que ha crecido en una familia de procedencia turca[10] con orientación tradicional, prefiere un estilo de vida occidental –p. ej., ella se niega a rendir obediencia ilimitada a su marido,[11] desobedece la prohibición paterna de casarse con un determinado hombre,[12] mantiene una relación con otro hombre después de un divorcio considerado sin efecto desde el punto de vista del infractor[13] o rechaza un matrimonio forzado[14]– y es asesinada por un familiar masculino por la deshonra de la familia, relacionada con este comportamiento.

Muchos casos se diferencian de este prototipo en puntos secundarios: no sólo los turcos, sino también los extranjeros de otras nacionalidades han aparecido como

---

[5] Véase las definiciones de BKA*, supra* nota 4, pág. 6; KRAIS*, supra* nota 3, pág. 12, 18.

[6] Sobre esta oposición: VALERIUS, Der sogenannte Ehrenmord, en *JZ* 2008, pág. 912 y sig. (913); KRAIS*, supra* nota 3, pág. 9 y sig.; GRÜNEWALD, en *NStZ* 2010, pág. 2

[7] Datos estadísticos de BKA*, supra* nota 4, pág. 7 y sig. Explicaciones sobre los casos en CÖSTER, *supra* nota 3, pág. 109 y sig.

[8] GRÜNEWALD, en *NStZ* 2010, pág. 2 habla de un "esquema básico".

[9] DIETZ, „Ehrenmord" als Ausweisungsgrund, en *NJW* (Neue Juristische Wochenschrift, *Nuevo Semanal Jurídico*) 2006, pág. 1385 y sig. (1385) habla de un "fenómeno de violencia masculina contra las mujeres"; POHLREICH*, supra* nota 3, pág. 53 y sig. ve en estos casos una personificación de la violencia patriarcal.

[10] El hecho de que se trate principalmente de turcos lo observan también KUDLICH/TEPE, Das Tötungsmotiv „Blutrache" im deutschen und im türkischen Strafrecht, en: *GA* 2008, pág. 92 y sig. (93); y GRÜNEWALD, en *NStZ* 2010, S. 1; demostración empírica en BKA*, supra* nota 4, pág. 12, 14.

[11] BGH (Bundesgerichtshof, *Tribunal Federal Supremo*) *NJW* 2004, pág. 1466: El acusado procedente de Anatolia Oriental esperaba de su víctima, una esposa de procedencia turca, pero educada en Alemania, "obediencia y que le pidiera continuamente permiso, incluso sólo para ir a comprar. Le prohibió verse a solas con una amiga o con sus hermanas y le ordenó como debía vestirse, la controlaba y supervisaba en cualquier ocasión."

[12] BGH *StV* (*Strafverteidiger*) 2003, pág. 21 *NStZ* 2002, S. 369): El padre turco de origen kurdo consideraba que la víctima A, siendo miembro del "Partido de los Trabajadores del Kurdistán" (PKK) y tetrapléjico, no era el marido adecuado para su hija, la otra víctima D.

[13] Según BGH *StV* 1981, pág. 399; *StV* 1997, pág. S. 566; similar a BGH *NStZ-RR* (Revista: *Neue Zeitschrift für Strafrecht - Rechtsprechungsreport)* 2004, pág. 44.

[14] Como el caso de la víctima "Hatin Sürücü" que despertó la atención, BGH Streit 2008, pág. 12.

infractores y víctimas.[15] En algunos casos anteriores se trata también de cristianos europeos del Sur.[16] En algunos casos también estaban afectadas como víctimas, únicas[17] o adicionales,[18] hombres ajenos a la familia, que habían participado en la "deshonra".

Más bien atípicos son los casos de *castigos privados* por un miembro de la familia de la víctima por violaciones anteriores de los derechos de un miembro de la familia del infractor. Así ocurrió en un caso, en el que después de varias ofensas mutuas entre ambas familias enemistadas -las cuales encontraron su provisional culminación en alcanzar una condena por lo civil al pago de una indemnización- se volvieron a producir nuevos enfrentamientos que acabaron con un muerto.[19] En otro caso, la víctima fue el patriarca de una familia enemistada que supuestamente había participado como instigador en el homicidio de un miembro de la familia de los infractores.[20]

C) La cuestión legal en Alemania: ¿Asesinato por motivos abyectos?

La cuestión primordial que también representa el punto central de la presente ponencia es la clasificación de estos hechos como asesinatos por "motivos abyectos" (§ 211, Código Penal alemán).

En el derecho penal alemán, el *asesinato* es una cualificación del tipo del homicidio, es decir, del homicidio doloso (§ 212, Código Penal alemán). Si el infractor comete un homicidio y, además, con un de los elementos indicados en el § 211 del Código Penal alemán -es decir, que mata "con alevosía" (*Heimtücke*), "cruelmente", por "codicia" (*Habgier*), "instinto asesino" (*Mordlust*), "para permitir o encubrir otro delito" o "por otros motivos abyectos" (*sonstige niedrige Beweggründe*)-, incurre en un delito de asesinato que es penado con pena de prisión perpetua. *Los motivos abyectos* son, según jurisprudencia constante y doctrina dominante, aquellos que desde una

[15] BGH *StV* 1997, pág. 566: Infractor y víctima eran ciudadanos iraníes de creencia shií; BGH *NStZ-RR* 2004, S. 44: Chinos; BGH *NStZ-RR* 2004, S. 361: Paquistaníes musulmanes integristas.

[16] BGH en HOLTZ, en *MDR* 1977, pág. 809 y sig.: el infractor era italiano. BGH *StV* 1981, pág. 399: Infractor y víctima eran italianos. El autor, cuya inteligencia se situaba "en el borde inferior de la media" tenía un "concepto autoritario - patriarcal del mundo". BGH *NJW* 1983, pág. 55: Infractor y víctima eran griegos.

[17] BGH JZ 1980, 238 (= *NJW* 1980, pág. 537): La víctima del intento de homicidio era un estudiante turco que había dejado embarazada a una mujer turca y no se quiso casar con ella; BGH *NJW* 1983, pág. 55: el interfecto había desflorado a la esposa del infractor antes de contraer matrimonio ésta; BGH *NStZ-RR* 2004, pág. 361: La víctima de los hechos, que permanecieron en la fase de tentativa, era un ciudadano paquistaní que poseía fotos de la hija del infractor, en las que se la podía ver sin pañuelo o velo y que no quiso entregar dichas fotos al padre.

[18] BGH *StV* 1981, 399; *StV* 2003, pág. 21.

[19] En BGH *StV* 1994, pág. 182.

[20] BGH *NJW* 2006, pág. 1008.

perspectiva moral figuran en el último escalón, es decir, son motivos especialmente reprobables y verdaderamente despreciables.[21] La cuestión concreta con la que se vieron confrontados los tribunales y que se clasificó como "clásica"[22], es la del *baremo* para calificar los motivos del asesino por honor como abyectos: ¿deben ser determinantes los conceptos de valor de la minoría cultural o los de la mayoría de la población alemana?

Aunque el derecho español no conoce la característica del asesinato por motivos abyectos (art. 139, Código Penal), un problema materialmente idéntico surge al final en la fase de *medición de la pena*.[23] Los asesinatos por honor españoles que pude encontrar se discuten más bien bajo la clave de la circunstancia atenuante de la pena del art. 21.3.ª del Código Penal (estado pasional), la cual es rechazada regularmente.[24] Porque también en un sistema con unas reglas expresamente citadas para la aplicación de la pena, como es el del Código Penal español (especialmente los arts. 21 y sig., 61 y sig.), la gravedad de los hechos debe desempeñar un papel (como lo indica expresamente el art. 66.1, núm. 6.ª del Código Penal),[25] de modo que también habrá que ocuparse de la cuestión de la consideración de los conceptos culturales ajenos.

2. La jurisprudencia

En la evolución de la jurisprudencia alemana se pueden diferenciar tres fases, como lo resumió acertadamente *Saliger*.[26]

A) En la *primera fase* reinó una gran incertidumbre.[27] Los diferentes criterios culturales se compararon con enfermedades psíquicas atenuantes de la culpabilidad. El Tribunal Supremo Federal consideró que a la hora de evaluar los motivos era legítimo tener que considerar deficiencias en la personalidad y psicopatías. A este principio había que aplicarlo "sobre todo" con los extranjeros que "están condicionados por los conceptos e ideas de su patria -que son

---

[21] BGHSt 3, 133; 3, 180 (182).

[22] Según SALIGER, comentarios sobre el BGH en *StV* 2003, pág. 21, en: StV 2003, pág. 22 y sig. (22); de acuerdo, con cierta hesitación KÜPER, en *JZ* 2006, pág. 610.

[23] Para un caso en Alemania BGH en *NStZ* 1996, pág. 80.

[24] Se trataba de casos de venganza de sangre entre "gitanos", por ejemplo en STS 159/1995, ponente J. A. Vega Ruiz; STS 306/2005, ponente J. R. Soriano Soriano; sobre los cuales véase TRUFFIN/ARJONA, *supra* nota 1, pág. 98 y sig.

[25] Sobre ello véase BOLDOVA PASAMAR, en: Gracia Martín (editor), *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2006, pág. 257.

[26] SALIGER, en *StV* 2003, pág. 22; le siguen en mayor medida BAUMEISTER, *supra* nota 3, pág. 141 y sig.; VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 915; ÍBID., *supra* nota 2, pág. 72 y sig.; ÇAKIR-CEYLAN, *Gewalt im Namen der Ehre*, 2010, pág. 227 y sig.

[27] VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 915.

diferentes a los nuestros- y de los cuales todavía no se pudieron desprender en el momento de cometer los hechos."[28]

B) En la *segunda fase*, el Tribunal Supremo Federal destacó que para aceptar la especial reprobabilidad de los motivos constituyentes de la calificación de abyección, era necesaria una *valoración global* de todas las circunstancias. "En este contexto, no se deben dejar de considerar las ideas y conceptos de los valores a los que los infractores están atados debido a su vinculación con una cultura ajena."[29] Las sentencias en esta fase rechazaron regularmente clasificar el homicidio por honor como asesinato. En algunos casos aparecían como argumentos adicionales valoraciones que tenían que ver con la culpabilidad: así, por ejemplo, una vez se lo calificó como un "acto desesperado", que se cometió sobre la base de una decisión espontánea.[30] En una sentencia no se aprecia si la abyección de los motivos se llegó a evaluar desde un punto de vista objetivo, al menos en su punto de partida.[31] Porque el "criterio de que se tengan que aplicar escalas generales de valoración moral" es considerado "acertado" por el Tribunal Supremo Federal y la valoración desde la perspectiva general no excluye que "se incluyan en la valoración los conceptos específicos de honor del ámbito de vida" del infractor.[32]

C) La *tercera fase*, iniciada a mediados de los años noventa, perdura todavía. Se sigue manteniendo la valoración global,[33] pero los conceptos del otro ámbito cultural se declaran irrelevantes -sin analizarse los motivos anteriores-[34]: "El baremo para la valoración del motivo debe tomarse de la sociedad jurídica de la República Federal de Alemania, ante cuyo tribunal el acusado está llamado a responder, y no de las consideraciones de un grupo de la población que no reconoce los valores morales y legales de esta sociedad jurídica."[35] Desde esta perspectiva, en el caso de los asesinatos por honor se afirman regularmente los motivos abyectos y por ello también el asesinato. Los motivos del infractor deberían considerarse en la mayoría de los casos como despreciables, porque pasaban doblemente por alto el ordenamiento jurídico alemán, al atribuirse a sí mismo y a su familia la posición de un juez y ejecutor de una sentencia privada de muerte.[36] Ello se opone

[28] BGH en *GA* 1967, S. 244; véase también BGH en *MDR* 1977, pág. 810.

[29] BGH en *JZ* 1980, pág. 238; *StV* 1981, pág. 399; *NJW* 1983, pág. 55 y sig.; *StV* 1997, pág. 566.

[30] BGH en *StV* 1981, pág. 399, 400 (cita).

[31] KÖHLER, Observ. sobre BGH en *JZ* 1980, 238, en: *JZ* 1980, pág. 238 y sig.

[32] KÖHLER, en *JZ* 1980, pág. 238.

[33] BGH en *NJW* 2004, pág. 1466 (1467); 2006, pág. 1008 (1011).

[34] VALERIUS*,* en *JZ* 2008, pág. 915.

[35] Con el mismo texto BGH en *NJW* 1995, pág. 602; *StV* 1996, pág. 208 (209); *StV* 2003, pág. 21; *NJW* 2004, pág. 1466 (1467); *NJW* 2006, 1008 (1011); además BGH en *NStZ-RR* 2004, pág. 44; en *NStZ-RR* 2004, pág. 361 (362); BGH en *NStZ* 2005, pág. 35 (36).

[36] BGH en *NJW* 1995, pág. 602; en *StV* 1996, pág. 208 (209); en *NStZ-RR* 2000, pág. 168; en *NJW* 2006, pág. 108 (1011); similar a BGH en *NStZ-RR* 2004, pág. 361 (362).

especialmente al ordenamiento jurídico que mediante la abolición de la pena de muerte demostró su respeto ante el bien jurídico de la vida.[37] No obstante, el Tribunal Supremo Federal deja abierta una puerta trasera que permite excepcionalmente no atribuir subjetivamente al infractor los motivos abyectos objetivamente existentes:[38] el infractor debería ser consciente de las circunstancias que representan la abyección de sus motivos y debería estar en condiciones de controlar consciente e intencionadamente los sentimientos y emociones que le mueven a actuar (el llamado potencial de dominio de la motivación: *Motivationsbeherrschungspotential*). En este segundo requisito subjetivo se ve claramente la proximidad a la imputabilidad,[39] y por ello se puede hablar de un regreso parcial a la primera fase.[40] Entre los pocos casos en los que -basándose en estos baremos- se reconoció homicidio y no asesinato, figura uno de un infractor procedente de Anatolia Oriental con una "personalidad de estructura simple" que estaba "atado" a las ideas tradicionales de su patria,[41] y el de un chino incapaz de integrarse, que después de su llegada a Alemania fue abandonado por su esposa, que se unió a un alemán**,** a quien mató por "desesperación ante la situación de su vida".[42]

[37] BGH en *StV* 1996, pág. 208 (209).

[38] BGH en *NJW* 1995, 602; en *StV* 1996, pág. 208 (209); en *NStZ-RR* 2000, pág. 168 (169); en *StV* 2003, pág. 21; en *NJW* 2004, pág. 1466 (1467); BGH en *NStZ-RR* 2004, pág. 361 (362).

[39] SALIGER, en *StV* 2003, pág. 23; TRÜCK, Observ. sobre BGH en *NStZ-RR* 2004, 44, en: NStZ 2004, pág. 498 y sig.; KÜPER, en *JZ* 2006, pág. 611; VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 918. Pero el Tribunal Federal Supremo no concreta en este aspecto, porque afirma que el componente subjetivo del motivo abyecto podría faltar también cuando no existen las condiciones de la semiimputabilidad, § 21 del Código Penal alemán (en *NStZ-RR* 2004, pág. 44).

[40] NEHM*, supra* nota 3, pág. 421.

[41] BGH en *NJW* 1995, pág. 602.

[42] BGH en *NStZ-RR* 2004, pág. 44. Naturalmente hay que formular dos reservas en este punto: en primer lugar, el Tribunal Federal Supremo caracteriza el componente subjetivo de los motivos abyectos en parte de otro modo que lo hizo anteriormente, en el sentido de que "el autor no puede encontrarse en un estado debido a su estado mental-anímico que le haga inaccesible conocer la abyección de sus motivos ", (véase más concretamente a TRÜCK, en *NStZ* 2004, pág. 497 y sig.), y en segundo lugar, se podría dudar ya de la clasificación de este caso en el presente contexto de los asesinatos por honor condicionados culturalmente. La procedencia del lejano Oriente del infractor parece apoyar más el agravamiento de su situación desesperada en lugar de un estancamiento en un concepto arcaico del mundo.

D) En los casos anteriores (1.B)) de *penas privadas,* que he considerado atípicos, finalmente no se aceptan los motivos abyectos.[43] La argumentación varía en función de en qué fase de desarrollo de la jurisprudencia se está. Así, en el primer caso de un esposo turco que mató a su tío a traición porque había violado a su esposa, ni siquiera se discutieron los motivos abyectos, sino solamente las relaciones entre alevosia y homicidio menos grave (§ 213 Código Penal alemán).[44] En un caso atribuible a la segunda fase, los motivos relevantes fueron el enfado y la integración familiar del acusado,[45] y en un caso posterior correspondiente a la fase actual, el motivo de venganza era comprensible, porque había sido provocado por un acto violento anterior.[46]

3. Toma de postura

La actual línea de la jurisprudencia ha encontrado principalmente aceptación en la bibliografía.[47] Pero todavía no se han callado las voces críticas que consideran acertada la orientación de la fase intermedia.[48] Se verá que una solución que

[43] Véase también NEHM*, supra* nota 3, pág. 424; y JAKOBS, Die Schuld der Fremden, en: *ZStW* 118 (2006), pág. 831 y sig. (849) el cual caracteriza estos casos como los de una "responsabilidad de la víctima" que no conducen a "dificultades relevantes". DIETZ, en *NJW* 2006, pág. 1387 por el contrario, quiere afirmar también en este caso los motivos abyectos por la usurpación de la autojusticia. La jurisprudencia afirmaba los motivos abyectos solamente en el caso en el que el muerto no era el supuesto violador de la esposa del infractor, sino un tercero que se negaba a ayudar al infractor en su acción de venganza (BGH en *NStZ-RR* 2000, pág. 168). En un caso de este tipo de homicidio de una persona ajena, el Tribunal Supremo Federal cree incluso poder dejar pendiente la cuestión "clásica" (véase *supra* nota 22), (pág. 169).

[44] BGHSt 30, 105.

[45] BGH en *StV* 1994, pág. 182.

[46] BGH en *NJW* 2006, pág. 1008 (1011 y sig.).

[47] JÄHNKE en *LK-StGB* 11ª edición 2001, § 211 n. m. 37; MOMSEN, Der Mordtatbestand im Bewertungswandel?, en: *NStZ* 2003, pág. 237 y sig. (238); OTTO, Neue Entwicklungen im Bereich der vorsätzlichen Tötungsdelikte, en *Jura* 2003, pág. 612 y sig. (617); SCHNEIDER, en: *MK-StGB* 2003 § 211 Rn. 94; TRÜCK, en *NStZ* 2004, pág. 497; *M.* OGOREK, Anm. zu BGH en *NJW* 2004, 1466, en: *JA* (Juristische Arbeitsblätter) 2004, pág. 787 y sig. (789); NEHM*, supra* nota 3, pág. 425 y sig.; *U.* SCHULZ, „Chronik eines angekündigten Todes" - Totschlag oder Mord?, en *NJW* 2005, pág. 551 y sig. (554); KÜPER, en *JZ* 2006, pág. 610 y sig.; ROHE, en *JZ* 2007, pág. 805; SATZGER, en *JK* 8/06, StGB § 211/50; KUDLICH/TEPE, en *GA* 2008, pág. 100 y sig.; VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 916; ÍBID.*, supra* nota 2, pág. 85; KRAIS*, supra* nota 3, pág. 66 y sig., 71; HILGENDORF, en *JZ* 2009, pág. 141; MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht BT I*, 10ª edic. 2009 § 2 n. m. 37; POHLREICH*, supra* nota 3, pág. 249, 289; ESER, en: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28ª edic. 2010 § 211 n. m. 19; ÇAKIR-CEYLAN*, supra* nota 26, pág. 254 y sig.; SINN en *SK-StGB* 2010 § 211 n. m. 27; LACKNER/KÜHL, en *StGB* 27ª edic. 2011 § 211 n. m. 5; WESSELS/HETTINGER, *Strafrecht BT I*, 34ª edic. 2010 n. m. 95a.

[48] KÖHLER, en *JZ* 1980, pág. 238 y sig.; SONNEN, Observ. sobre BGH en *JZ*, 1980, 238, en: *JA* 1980, pág. 747 y sig.; FABRICIUS, Observ. sobre BGH en *StV* 1996, 208, en: *StV* 1996, pág. 209 y sig.; SALIGER, en *StV* 2003, pág. 23 y sig.; BAUMEISTER*, supra* nota 3, pág. 148 y sig.; NEUMANN, en *NK-StGB* 3ª edic. 2010 § 211 n. m. 30a, b; posiblemente también MÜSSIG, *Mord und Totschlag*, 2005, pág. 285 nota 38.

pretende ser más que una formulación de intuiciones difusas y personalísimas, no podrá realizarse sin una reflexión sobre el sentido de los motivos abyectos, y por ello también sobre el sentido de los conceptos de culpabilidad y de injusto.

Pretendo desarrollar mi criterio propio en dos fases. En primer lugar se analizarán críticamente los argumentos que intentan ahorrarse una reflexión de este tipo -y que por ello se pueden denominar parsimoniosos (*parsimonious*). Después, en una segunda fase, se desarrollará la propia vía de solución teóricamente fundada, comparándola con principios igualmente exigentes.

A) Principios de solución parsimoniosos

La economía en sí no constituye ningún perjuicio sino más bien una reconocida virtud científica para una determinada solución de un problema.[49] El camino más rápido es *ceteris paribus* el mejor camino. Pero sólo *ceteris paribus*, o dicho de otro modo: el camino debe conducir también a una solución real. Precisamente es este objetivo el que no cumplen los siguientes argumentos, que se van a analizar en una secuencia de "economía" decreciente.

a) ¿Simple afirmación de algo que es evidente?

El cambio en la jurisprudencia se produjo, como ya se comentó, sin analizarse los motivos de las sentencias anteriores. Ahora simplemente se afirma que los criterios a la hora de evaluar la abyección de los motivos son los de la sociedad jurídica alemana y no los del grupo que rechaza estos valores.[50] También en la bibliografía es posible encontrar afirmaciones apodícticas: “Para la clasificación legal de un hecho cometido en Alemania rige el derecho alemán.”[51] “La escala del derecho penal alemán se orienta *por supuesto* en los conceptos de valor aquí reconocidos”.[52] Estas afirmaciones simples aparentemente no bastan, porque precisamente el contenido del derecho alemán, y más concretamente la característica de los motivos abyectos, son el objeto de la discusión. [53]

[49] De los clásicos de la filosofía de la ciencia p. ej. POPPER, *Logik der Forschung*, 10ª edic., 1994, pág. 97 y sig.; KUHN, Objectivity, Value Judgement, Theory Choice, en: *The Essential Tension*, Chicago, 1977, pág. 320 y sig. (322 y sig.); desde el punto de vista de la teoría del derecho RÖHL/RÖHL, *Allgemeine Rechtslehre*, 3ª edic. 2008, pág. 14 y sig.; véase también mi defensa de cadenas de deducción lo más cortas posibles en GRECO, *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, 2009, pág. 27.

[50] En la observación de que el infractor se tenga que responsabilizar ante los tribunales alemanes, aparece un criterio que se tendrá que elaborar más detenidamente en 2 a bb (b).

[51] JÄHNKE en *LK-StGB* § 211 n. m. 37; de acuerdo MOMSEN, en *NStZ* 2003, pág. 238.

[52] MOMSEN, en *NSTZ* 2003, pág. 238 (la cursiva es mía). Véase también M. OGOREK, en *JA* 2004, pág. 787; U. SCHULZ, en *NJW* 2005, pág. 554.

[53] Este incluso es el caso cuando, con una interpretación benevolente, se pretende entender estas afirmaciones como referencias al principio de la territorialidad (§ 3, Código penal alemán), a la que

b) Redescripción empírica de la problemática

Los representantes de esta opinión buscan apaciguar el problema cuestionando de antemano la descripción habitual de conflicto cultural.[54] Especialmente se sostiene que incluso el derecho turco reconoce desde el año 2005 a la venganza de sangre como caso calificado de homicidio.[55] A ello se objetó que lo determinante eran las normas sociales efectivamente vividas y no las últimas normas legales decididas por una supuesta élite cultural.[56] Efectivamente, en muchas zonas de Turquía parece ser que los asesinatos por honor son culturalmente aceptados, de modo que no sólo la población, sino también los tribunales interpretan las nuevas leyes restrictivamente y demuestran gran voluntad de comprensión al respecto.[57] Como réplica, se indicó que estas normas sociales representaban instancias de "injusticia consuetudinaria"[58] contra la cual tenían que luchar los legisladores locales, y sobre todo el derecho alemán con especial vehemencia. Además, habría que poner en duda seriamente si algunos de los homicidios de los que se ocupaban los tribunales alemanes realmente estaban en consonancia con los conceptos de valor de la cultura de la procedencia del infractor.[59]

Ya se observa que la parsimonia de la argumentación empírica solamente es aparente. En primer lugar, estos argumentos de por sí son ya de limitado alcance: la mayoría, pero precisamente sólo la mayoría de los infractores, es de origen turco, de modo que el derecho turco que figura en el centro de la discusión solamente puede ser relevante para una parte de los casos pertinentes. Con la referencia sobre la situación legal turca no se podrían resolver los casos del griego, del italiano, del

recurre expresamente una sentencia del Tribunal Federal Supremo (*NStZ* 1996, pág. 80) (al igual que NEHM [*supra* nota 3], pág. 422; ARTKÄMPFER, en *Kriminalistik* 2008, pág. 619).

[54] En contra de la averiguación de un conflicto cultural en general ROHE, Islamisierung des deutschen Rechts?, en *JZ* 2007, pág. 801 y sig. (805); *Valerius*, en *JZ* 2008, pág. 916 nota 3.

[55] DIETZ, *NJW* 2006, pág. 1387; KÜPER, en *JZ* 2006, pág. 610; ARTKÄMPFER, Blutrache und Ehrenmorde, en: *Kriminalistik* 2008, pág. 616 y sig. (616); VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 914; ÇAKIR-CEYLAN, *supra* nota 26, pág. 177 y sig., 254 f.; GRÜNEWALD, en *NStZ* 2010, pág. 3 y sig.; JÄHNKE LK-StGB § 211 n. m. 37 quiere diferenciar en función de si el derecho de la patria castiga los homicidios por razón de honor con menor o mayor dureza. Sobre la situación jurídica en Turquía más concretamente SÖZÜER, Die Reform des türkischen Strafrechts, en *ZStW* 119 (2007), pág. 717 y sig. (744): "homicidio por tradicion"; GÖZTEPE, Rechtliche Aspekte der sog. Ehrenmorde in der Türkei, en *EuGRZ* 2008, pág. 16 y sig. 18 y sig.; KUDLICH/TEPE, GA 2008, pág. 98 y sig.; POHLREICH, *supra* nota 3, pág. 154 y sig., 177 y sig.

[56] SALIGER, *StV* 2003, pág. 24.

[57] KUDLICH/TEPE, GA 2008, p. 96 con demostración empírica. En contra: ÇAKIR-CEYLAN, *supra* nota 26, pág. 254 f.; y GRÜNEWALD, *NStZ* 2010, pág. 4, 6: se trataba sólo de una costumbre existente en regiones subdesarrolladas de Turquía.

[58] ROHE, *JZ* 2007, pág. 805.

[59] BGH en *NJW* 2004, pág. 1466 (1468): Faltan averiguaciones de tribunales sobre si los conceptos de valor de Anatolia le permiten al esposo maltratar y matar a la mujer. Similar BGH en *NStZ-RR* 2004, pág. 361 (362).

chino, del iraní o del paquistaní.[60] En segundo lugar, a nivel puramente empírico no es posible determinar si las normas legales o sociales del país de origen deben ser determinantes. Falta un criterio para valorar y seleccionar lo empírico -y para lograr este criterio es inevitable el siguiente paso hacia un argumento normativo.

c) Argumentos normativos[61]

aa) ¿Tratamiento desigual?

Un argumento muy extendido entre los defensores de la opinión dominante es el recurso al mandato de tratamiento igual.[62] Solamente la valoración de los motivos abyectos por medio de los conceptos de valor alemanes garantiza una aplicación uniforme del derecho. O bien se argumenta referido al infractor, reprochando al otro punto de vista un ilegítimo "privilegio al extranjero",[63] o se dirige la mirada más bien a la víctima y se formula el temor de que determinados grupos de la población sean "degradados como víctimas de un menor derecho de protección".[64]

---

[60] Véase *supra* nota 15, 16.

[61] Existen otros argumentos normativos que solamente tienen un papel subordinado en la discusión -y con razón-. Para la postura de la opinión dominante, se adujo que la consideración de ideas culturales ajenas era una autorrelativización del derecho (JAKOBS, en *ZStW* 118 [2006], pág. 843), lo que en sí es una afirmación vacía: La cuestión consiste precisamente en lo que debe ser el contenido del derecho. Además, se intentó fundamentar la opinión mayoritatia en un argumento analógico (VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 916) basado en la comparación con otros motivos abyectos legalmente tipificados (codicia, instinto asesino, satisfacción de la necesidad sexual, etc.), los cuales se valorarían únicamente desde el punto de vista de la sociedad jurídica alemana. Lo problemático de este argumento parece ser que las características indicadas también permiten la conclusión opuesta: porque se podría decir con el mismo derecho que los homicidios por codicia, instinto asesino o para satisfacer la necesidad sexual son precisamente tan abyectos porque son especialmente despreciables según los conceptos de valor no solo de los alemanes, sino también de los grupos culturales que aquí viven. Porque no solamente la perspectiva alemana considera estos motivos como especialmente despreciables. El otro argumento de que los conceptos alemanes deberían ser determinantes, especialmente por razones de prevención general (POHLREICH [*supra* nota 3], pág. 289), ignora que la prevención general solamente es fin de la pena de segundo orden, porque es neutra con respecto a la cuestión del contenido de aquello de lo que se tenga que prevenir –lo que llamé fin de la pena de primer orden (esta distinción se encuentra en GRECO [*supra* nota 49], pág. 303 sig.). Finalmente, la afirmación de que cláusulas generales valorativas (HILGENDORF, en *JZ* 2009, S. 141) en una democracia siempre dependen de los criterios de la mayoría, significa una auto-rendición a una tiranía de la mayoría y sobrevalora el rango del argumento de la democracia para el derecho penal liberal.

[62] SCHNEIDER, en: MK-StGB 2003 § 211 n. m. 94; NEHM, *supra* nota 3, pág. 425 y sig.; *U.* SCHULZ, en *NJW* 2005, pág. 554; VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 916; ÇAKIR-CEYLAN, *supra* nota 26, pág. 253; GRÜNEWALD, en *NStZ* 2010, pág. 5.

[63] SCHNEIDER, en: MK-StGB 2003 § 211 n. m. 94; NEHM, *supra* nota 3, pág. 428; DIETZ, en *NJW* 2006, pág. 1386.

[64] ROHE, en *JZ* 2007, pág. 805; también GRÜNEWALD, en *NStZ* 2010, pág. 5.

Es de elogiar que el mandato del tratamiento igual como valoración normativa abierta supere la ceguera del empirismo. Pero el argumento no avanza mucho más, ya que calla absolutamente sobre el criterio con el que se tenga que determinar la igualdad y la desigualdad. Porque solamente cuando exista este criterio se podrá diferenciar un "*privilegium odiosum*" de un tratamiento desigual justificado de los desiguales.

bb) ¿Tolerancia?

Se podría pensar que la consideración de conceptos de valor culturales diferentes corresponde a un mandato de la tolerancia, cuyo seguimiento debería disfrutar de la máxima prioridad en cualquier Estado moderno y sobre todo en el Estado pluralista de la modernidad.[65] En este contexto, sobre todo *Fabricius* apoya el mandato de la tolerancia, basándolo en consideraciones culturalmente relativistas: faltan criterios intersubjetivos e interculturalmente válidos para argumentar por qué la prohibición de los asesinatos por honor existente en nuestra cultura es moralmente superior al mandato postulado por otras culturas.[66] Sería prepotente e incluso etnocéntrico estigmatizar por ley los conceptos de valor que contradicen frontalmente a los vigentes en Alemania no sólo como diferentes, sino como abyectos, es decir, como especialmente reprobables y despreciables. Los representantes de la opinión contraria reaccionaron en parte indignados. Sobre todo *Küper* se quejó de los "eufemismos para tradiciones arcaicas y anticulturales de revancha"[67] y opinó que un "ordenamiento jurídico civilizado" debería rechazar decididamente la "influencia de tradiciones reaccionarias que desprecian la dignidad humana".[68]

(1) Al llevar el argumento de la tolerancia hacia una *posición cultural relativista*, se ingresa finalmente en los abismos de la actual discusión filosófico-política.[69] Como penalista interesado en la filosofía del derecho, al menos por ahora no puedo afirmar que disponga de la competencia necesaria para introducirme en estos abismos. Más bien me conformo con la afirmación de la máxima improbabilidad del relativismo cultural.[70] Este principio no sólo parece autodestructivo (*self-defeating*), porque finalmente relativiza su propia pretensión de vigencia, convirtiéndola en un mero asunto interno cultural, de manera que una persona

[65] SONNEN, en *JA* 1980, pág. 747.

[66] FABRICIUS, en *StV* 1996, pág. 210.

[67] KÜPER, en *JZ* 2006, pág. 610.

[68] KÜPER, en *JZ* 2006, pág. 610.

[69] Sobre ella: RORTY, The Priority of Democracy to Philosophy, en: *Philosophical Papers*, Bd. I, Cambridge, 1990, pág. 175 y sig.; FORST, *Kontexte der Gerechtigkeit*, 1996, pág. 239 y sig.; BIELEFELDT, *Philosophie der Menschenrechte*, 1998, pág. 115 y sig.; CASSESE, *I diritti umani oggi*, Rom, 2009, pág. 60 y sig.; y la antología editada por STEINMANN/SCHERER: *Zwischen Universalismus und Relativismus*, 1998.

[70] Véase mi comentario sobre una posición cercana en GRECO*, supra* nota 49, pág. 143 y sig.

externa -especialmente como seguidor de una cultura suficientemente intolerante- podría ignorarlo completamente. Desde su perspectiva, la idea de que en el transcurso de los últimos milenios se hayan producido progresos en la civilización y que se puedan seguir produciendo otros progresos de este tipo, es simplemente falsa. Pero en absoluto podría defenderse seriamente que la abolición de la esclavitud, el creciente arrinconamiento de la pena de muerte o el desprecio de la tortura sean hechos que pueden ser valorados positivamente solamente en el interior de una cultura, o que el actual sistema legal de la República Federal de Alemania y el régimen del Tercer Reich sean equivalentes desde una perspectiva intersubjetiva, es decir, con base en un baremo interculturalmente válido. Tampoco -y ahora con referencia al presente contexto- es posible afirmar con sensatez que las mutilaciones genitales y los matrimonios forzados, la obediencia femenina obligatoria ante el esposo y la autojusticia privada sean "objetivamente" tan buenas como las referidas prohibiciones. El temor que aviva frecuentemente al relativismo, esto es, el de que los principios universales pudiesen actuar como un velo protector de intereses imperialistas, demuestra solamente que ni siquiera las verdades más nobles están a salvo de ser instrumentalizadas. Pero de ello no se puede inferir que estas verdades sean equivocaciones o incluso mentiras.

(2) Por lo tanto, la *tolerancia* solamente puede defenderse -si es que es defendible- *sin premisas relativistas culturales.*[71] En realidad, la auténtica tolerancia la ejerce aquel que está completamente seguro de lo suyo y que, a pesar de ello, todavía reconoce al que piensa de otra manera. Se podría decir que debido al hecho de que en Alemania viven extranjeros, el ordenamiento jurídico alemán tiene la oportunidad de demostrar que es un ordenamiento tolerante, a pesar de -o precisamente justo por- la certeza con la que reivindica determinados valores. Pero también este argumento demuestra ser dudoso. En la discusión se advirtió justificadamente que el derecho no debe apropiarse de la perspectiva del delincuente por convicción, que desafía al ordenamiento jurídico, o de terroristas.[72] Y no porque todo lo demás sea una autorrenuncia al ordenamiento jurídico[73], sino porque el derecho de un Estado liberal dirige sus pretensiones solamente hacia el cumplimiento de estándares externos de comportamiento, y no exige también la convicción interna

[71] De otra opinión *Art.* KAUFMANN, Die Idee der Toleranz aus rechtsphilosophischer Sicht, en: *Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 2ª edic. 1993, pág. 209 y sig. (esp. 216 y sig.); ÍBID. *Rechtsphilosophie*, 2ª edic., 1997, pág. 335 y sig., el que opina de modo coincidente que el relativista no puede ser realmente tolerante, pero que piensa al mismo tiempo que tampoco lo puede ser el que cree estar en posesión de la verdad. En este marco no va ser posible entrar en la discusión fundamental sobre el concepto de la tolerancia; sobre ello de modo extenso: FORST, *Toleranz im Konflikt*, 2003, pág. 42 y sig., 53 y sig.; y además HASSEMER, *Religiöse Toleranz im Rechtsstaat*, 2004, pág. 36 y sig.

[72] SCHNEIDER, en: MK-StGB 2003 § 211 n. m. 94; NEHM, *supra* nota 3, pág. 427; GRÜNEWALD, en *NStZ* 2010, pág. 5.

[73] Sobre la crítica de este argumento, véase *supra* nota 61.

de que se tengan que respetar los valores que hay detrás de sus leyes.[74] Dicho según Kant: el Estado liberal solamente se preocupa por la legalidad y no por la moralidad.[75] Precisamente porque el ordenamiento jurídico no exige que el infractor admita y estime los derechos de los otros, sino solamente que tenga en consideración estos derechos mediante su comportamiento externo, quien positivamente desaprueba y minusvalora estos derechos no podrá esperar recibir un trato mejor -independientemente de las causas en las que se basen esa desaprobación y menosprecio, y tanto si se basan en una decisión personal como en una socialización.

Por lo tanto, el recurrir a la tolerancia sólo podría justificar un mejor tratamiento de los infractores que rechacen los valores de la sociedad jurídica, si la apropiación personal de estos valores fuera también el exigido por los postulados legales. Como máximo, en este punto se torna obvio que es inevitable llevar la discusión al siguiente nivel, en el cual la referencia normativa todavía demasiado vaga de los argumentos hasta ahora formulados debe adquirir unos contornos concretos mediante el establecimiento de referencias con categorías demostradas de la dogmática del derecho penal. ¿Acaso no son los motivos abyectos -es decir, los motivos moralmente muy reprobables y casi despreciables- más bien la prueba de que el derecho positivo desconoce la separación de Kant entre legalidad y moralidad?

B) Principios con fundamento dogmático: Los motivos abyectos como expresión de máximo injusto y máxima culpabilidad

Los principios parsimoniosos en su totalidad demuestran ser insuficientes. Es inevitable una reflexión sobre el contenido de los motivos abyectos y también de la culpabilidad y del injusto. La consideración de la jurisprudencia de que los motivos abyectos son motivos especialmente reprobables y despreciables no ofrece suficiente fundamento. Porque antes habría que preguntarse si los motivos abyectos tienen que interpretarse realmente con referencia a la moralidad.

Por ello, como punto de partida debe servir la suposición de que un asesinato por motivos abyectos, el cual es amenazado por el ordenamiento jurídico con la máxima pena disponible, representa consiguientemente la culpabilidad máxima.[76] La culpabilidad máxima, a su vez, se puede imaginar como una culpabilidad

[74] Acertado JAKOBS, en *ZStW* 118 (2006), pág. 844.

[75] Véase KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, A/B 6. Véase recientemente GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, pág. 114 y sig., 160 y sig., 191; ÍBID. en *NStZ* 2010, pág. 5, que recurre también a esta diferenciación.

[76] Similar en: *KÖHLER*, Zur Abgrenzung des Mordes, en *GA* 1980, pág. 121 y sig. (121), pero que habla sólo de culpabilidad máxima. Véase también *KÜPER*, en *JZ* 2006, pág. 611, que diferencia el componente de injusto y de culpabilidad de los "motivos abyectos".

máxima independiente o simplemente como reflejo de un injusto máximo.[77] Este punto de partida es lo suficientemente abstracto y formal para abarcar tanto la consideración de la jurisprudencia como también las otras posiciones desarrolladas en la discusión. Solamente después de determinar el contenido de la culpabilidad seremos capaces de identificar el contenido del caso límite de la culpabilidad máxima que representa el asesinato.

a) La culpabilidad del asesino por honor

La carta de triunfo principal de aquellos que quieran argumentar con las valoraciones de la minoría cultural es la referencia al principio de culpabilidad.[78] También la jurisprudencia recurrió en su segunda fase a este principio. Pero se hablaba principalmente de una "valoración global"[79], cuando ésta es sólo una fórmula vacía embarazosa que materialmente no presenta nada más que una referencia al principio de culpabilidad. Porque ninguna "valoración global" tiene en cuenta todas las circunstancias del caso concreto: si el infractor tiene ojos azules o castaños, si es fan del Bayern München o del 1860-München, etc.; esto naturalmente no entra en consideración. Solamente se valoran las circunstancias relevantes. Para separar lo relevante de lo irrelevante, es necesaria una determinada comprensión de la culpabilidad.

Conforme a la diferenciación de Kant introducida anteriormente, será posible diferenciar entre dos posibilidades de comprensión de la culpabilidad penal.

aa) Culpabilidad referida a la moralidad

En la presente discusión, sobre todo *Köhler* se esforzó en elaborar un concepto material de culpabilidad mediante el cual objeta que los motivos de los asesinos por honor sean abyectos. La culpabilidad del derecho penal es una culpabilidad de la voluntad, y por lo tanto una decisión deliberada por el injusto. Esta comprensión de la culpabilidad es referida a la moralidad porque la motivación indiferente u hostil al derecho del infractor es objeto de la valoración de la culpabilidad. La

---

[77] Es decir: Se puede entender la culpabilidad como contenido adicional al desvalor del injusto, o solamente como un filtro que le permite atribuir personalmente al infractor el desvalor ya existente del injusto. Sobre esta diferenciación: HÖRNLE, *Tatproportionale Strafzumessung*, 1999, pág. 151 y sig.; GRÜNEWALD, *supra* nota 75, pág. 146 nota 4.

[78] KÖHLER, en *JZ* 1980, pág. 240 y sig.; HEINE, *Tötung aus „niedrigen Beweggründen“*, 1988, pág. 274 y sig.; SALIGER, en *StV* 2003, pág. 23; BAUMEISTER, *supra* nota 3, pág. 149; NEUMANN, en *NK-StGB* 3ª edic. 2010 § 211 n. m. 30a.

[79] Véase anteriorm. II; al igual que KÖHLER, en *JZ* 1980, pág. 240; SALIGER, en *StV* 2003, pág. 23, 24; BAUMEISTER, *supra* nota 3, pág. 149; NEUMANN, en *NK-StGB* 3ª edic. 2010 § 211 n. m. 30b. De otro modo quieren KUDLICH/TEPE, en *GA* 2008, pág. 100 y sig., que en el marco de la valoración global se tenga en cuenta que los asesinatos por honor sean clasificados, también en el régimen jurídico turco, como homicidios cualificados.

culpabilidad consiste en que uno no hace propias las escalas del ordenamiento jurídico. "Una motivación para el delito que se presente con un cierta pretension ética de vigencia general puede sí valorarse como contraria al derecho penal, pero no como abyecta".[80] Por lo tanto, son abyectos todos los motivos que no son guiados por principios considerados éticamente vinculantes, sino que son la expresión de una "motivación extremadamente egoísta".[81] Consecuentemente, no tendría lugar la "pena máxima por la culpabilidad máxima" en los presentes casos.[82] Este principio parece dudoso porque implica que incluso los criterios más abyectos, si no son meras manifestaciones de egoísmo sino que vienen formulados como pretensiones de vigencia general, ya no se podrán clasificar como abyectos. Habría que pensar en un infractor que odia tanto a los judíos que estaría dispuesto a matar a su propia esposa o incluso a sí mismo, si posteriormente se demuestra que ella o él fueran de procedencia judía.

Pero se puede renunciar a las exigentes tesis de Köhler y preguntarse, en el marco del prevaleciente concepto de la culpabilidad denominado "normativo", si de los presentes casos no se desprende ninguna formación de la voluntad reprochable al máximo. También el prevaleciente concepto normativo de la culpabilidad, el cual ve regularmente el objeto del reproche de culpabilidad en la decisión que desobedece a la orden normativa, es una interpretación de la culpabilidad relativa a la moralidad, una vez que vincula la motivación del infractor al derecho como tal, y no se conforma con el mero miedo al castigo, es decir, con la legalidad.[83] Desde la perspectiva de una comprensión tal normativa de la culpabilidad, motivos abyectos podrían representar una culpabilidad máxima, porque el autor hace suyos motivos que son contrarios a las prohibiciones y mandatos del derecho. El que actua por motivos abyectos se deja motivar por algo que es del todo ajeno a lo que ordena el derecho.

Si se toma en serio el punto de partida compartido por la jurisprudencia y la mayoría de los participantes en la discusión, conforme al cual los motivos abyectos son aquellos que moralmente están en el nivel más bajo, el rechazo de esta abyección sería inevitable. No sólo según los criterios del país de procedencia, sino también según los nuestros -sobre cuya corrección no hay duda, véase anteriormente 3, C) c bb (2)- no se trataría de la culpabilidad máxima. Por lo que la cuestión "clásica" que figura en el centro de la discusión ni siquiera se plantearía.

La evaluación moral solamente se hace complicada porque estos casos presentan no sólo una, sino dos características moralmente relevantes. Por una parte -y esta

---

[80] KÖHLER, en *JZ* 1980, pág. 240.

[81] KÖHLER, en *JZ* 1980, pág. 240. Véase también más general *ÍBID*. en *GA* 1980, pág. 138 y sig.

[82] KÖHLER, en *JZ* 1980, 240, 241 (cita).

[83]Más detallado en: GRECO, *Lebendiges*, pág. 487 y sig.

va en favor de la culpabilidad máxima- está la característica de que se vulneran principios morales indiscutibles; y por la otra -y esta va en contra de la culpabilidad máxima- la característica de que los infractores fueron socializados conforme a criterios de una cultura que no conoce estos principios. La diferenciación de estas dos características nos sitúa en la posición de poder reconocer el verdadero caso de la máxima culpabilidad moral: aquel caso en el que existe la primera característica, pero no la segunda. Habría que imaginarse que nuestro asesino por honor es un académico educado en una familia completamente integrada socialmente, y que después de una reflexión fría decide rechazar la sociedad occidental y cometer un homicidio premeditado para conservar su honor. No se puede negar realmente que la culpabilidad de voluntad moral de este infractor tiene que situarse en un nivel por encima de la del asesino típico por honor. Desde esta perspectiva parece injusto condenar a ambos a la pena máxima. Con ello se situarían al mismo nivel unas diferencias morales notables.

Este resultado también se confirma sobre la base de las anteriores consideraciones sobre la tolerancia. Si se considera irrelevante la diferenciación entre legalidad y moralidad de Kant -es decir, que no sólo el comportamiento externo, sino también la internalización de los valores básicos del ordenamiento jurídico forman parte de los postulados legales-, habría que aplicar indulgencia ante aquel que sin culpabilidad no pudo internalizar estos valores.

Resumiendo: Si la culpabilidad máxima representada en los motivos abyectos consiste en que moralmente se sitúan en el nivel más bajo, ya no será posible defender la conclusión de que los asesinatos por honor sean asesinatos por motivos abyectos. La opinión dominante tendrá que conformarse o bien con castigar los homicidios por cuestión de honor como homicidio simple, o deberá modificar su concepto de culpabilidad y de motivos abyectos.

bb) Culpabilidad referida la legalidad

Pero la culpabilidad no solamente puede interpretarse con referencia a la moralidad. Unos pocos autores han formulado interpretaciones relativas a la legalidad, las cuales consideran la motivación del infractor un problema suyo.

(a) Conforme al *concepto funcional de la culpabilidad* propuesto sobre todo por *Jakobs,* el fundamento y la exclusión de la culpabilidad se miden según el interés de la sociedad por la estabilización de las normas.[84] La culpabilidad es algo que la sociedad atribuye al infractor en función de sus necesidades. Con una referencia concreta sobre el problema que nos ocupa, Jakobs considera que en definitiva lo

[84] Detalladamente en JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, pág. 3 y sig.; ÍBID. *Das Schuldprinzip*, 1993, pág. 7 y sig.

que importa es la *cantidad de estos hechos*. Mientras ocurran sólo ocasionalmente, la sociedad puede permitirse prescindir de una imputación.[85] Por el contrario, “un Estado en cuyo territorio hay millones de personas socializadas de otra forma, tendrá que tratar sus problemas generales de adaptación como un asunto de ellas.”[86] Parece querer decir que los actuales asesinatos por honor, por razones de estabilización de las normas, se tendrían que clasificar como asesinatos y no sólo como homicidio.

En este contexto no vamos a repetir la crítica del concepto funcional de culpabilidad.[87] En su núcleo, esa crítica es acertada. Porque la necesidad de justificar el castigo ante el infractor es simplemente ignorada por el concepto funcional de culpabilidad, al tener como objetivo solamente los intereses de la sociedad.[88] Solamente indica qué beneficio obtiene la sociedad de un castigo. La cuestión realmente relevante de por qué precisamente puede valerse del castigado, no interesa a sus seguidores.

(b) Un concepto de culpabilidad que no tiene como objeto de su evaluación la moralidad del comportamiento del infractor y que al mismo tiempo no instrumentaliza al infractor en el interés de otros, solamente es defendible cuando se interpreta a la culpabilidad como *decisión no prudente a favor del propio castigo* -un desarrollo ulterior de la idea de *Feuerbach*-.[89] Conforme a esto, el castigo se puede legitimar ante el castigado porque él mismo lo ha buscado con la comisión del comportamiento punible. Y en el caso del asesino por honor significa que su culpabilidad no se atenúa de ningún modo. Porque todo el mundo que permanece en un lugar foráneo deberá contar con que en ese lugar no se apliquen los criterios de su país de origen. “En Roma, como los romanos”.

Solamente sobre la base de este concepto de culpabilidad prudencial, muchos argumentos propuestos por los representantes de la opinión dominante adquieren una base normativa sólida. La consideración siempre repetida de la jurisprudencia de que el infractor deberá responsabilizarse ante los tribunales alemanes, puede interpretarse casi como un reconocimiento explícito de este concepto de culpabilidad: la esperanza de ser juzgado ante tribunales alemanes conforme a las

[85] JAKOBS, en *ZStW* 118 (2006), pág. 850.

[86] JAKOBS, en *ZStW* 118 (2006), pág. 848. Según el asunto, aparentemente también NEHM*, supra* nota 3, pág. 426, cuando opina que la afirmación del asesinato es necesaria para "defender el orden jurídico".

[87] Referencias en GRECO*, supra* nota 49, pág. 246 nota 184.

[88] GRECO*, supra* nota 49, pág. 499 y sig.

[89] GRECO*, supra* nota 49, pág. 487 y sig. El concepto de “prudencia” y de “no prudencia” aquí utilizado no tiene ninguna relación con aquello que, en alemán, se designa con el término “Fahrlässigkeit”, sino con el concepto de filosofía moral derivado de lo que en alemán se denomina “*Klugheit*” y en latin “prudentia”.

costumbres de sociedades patriarcales es poco prudente y no debe ser premiada. No hace falta ir tan lejos y afirmar que debe exigirse al extranjero que haga propios los valores de Alemania, o que se integre.[90] Solamente se le exige que externamente cumpla las reglas del Estado en el que vive.[91] Todo lo demás sería simplemente poco prudente.

La *ventaja* de este principio no consiste en que solamente éste sería realmente capaz de aprobar la culpabilidad máxima del asesino por honor, porque esto sería un argumento circular. Pero el principio tiene, en comparación con lo que sostienen las otras opiniones, las decisivas ventajas de que, por una parte, no instrumentaliza al castigado -en contraste con el concepto funcional de la culpabilidad- sino que le demuestra por qué "él mismo tiene culpa" de su castigo; y, por la otra, que –en contraste con el principio de culpabilidad referido a la moralidad– mantiene distancia respecto del *forum internum* de los ciudadanos.

Pero el principio tiene un *límite*: no conduce a una culpabilidad máxima autónoma, en el sentido de una entidad independiente del injusto. Se le reprocha al infractor que es poco prudente esperar que precisamente para él deba aplicarse otra cosa que el castigo legalmente conminado. Pero queda pendiente la cuestión del castigo legalmente conminado por los hechos que aquí se discuten. La culpabilidad del infractor no es reducida por su procedencia, sino que se considera en todo su alcance. Si esta culpabilidad no reducida, y por ello plena, alcanza la culpabilidad máxima propia del asesinato, depende de que esas muertes signifiquen también un injusto máximo.[92]

b) El injusto del asesinato por honor

Solamente existe asesinato por motivos abyectos como caso de culpabilidad máxima cuando también existe injusto máximo. Adicionalmente al injusto normal de un homicidio doloso, deben existir unos momentos específicos que incrementen el injusto en especial medida y conviertan así el homicidio en un asesinato.[93]

---

[90] TRÜCK, en *NStZ* 2004, pág. 497; similar: DIETZ, en *NJW* 2006, pág. 1386.

[91] JAKOBS, en *ZStW* 118 (2006), pág. 849 y sig.; GRÜNEWALD, en *NStZ* 2010, pág. 6.

[92] Es decir: Conforme a este concepto de la culpabilidad, la culpabilidad máxima sólo existe como reflejo del injusto máximo plenamente atribuible al infractor. Véase ya anteriormente *supra* nota 77.

[93] Aquí no es posible comprobar si no hubiera que seguir principios más recientes que consideran, a la inversa de este supuesto inicial, al asesinato como hecho básico y al homicidio como forma privilegiada (MÜSSIG [*supra* nota 48], pág. 4, 251; GRÜNEWALD [*supra* nota 75], pág. 368 y sig., 378 y sig.; PERALTA, Motive im Tatstrafrecht, en *FS Roxin* II, 2011, pág. 257 y sig. [263]; posiblemente sólo de lege ferenda KARGL, Zum Grundtatbestand der Tötungsdelikte, en *JZ* 2003, pág. 1141 [1148]). La presente ponencia parte de un concepto tradicional en la medida que, partiendo de un homicidio

La jurisprudencia argumenta en este contexto especialmente con la *usurpación de la justicia* encarnada en los asesinatos por honor.[94] El asesino por honor se eleva como juez y verdugo sobre la vida de otro. Lo que, a mi juicio, no es correcto en este argumento es que se atribuya un segundo bien jurídico al hecho del asesinato, concretamente la administración de justicia o el monopolio del poder estatal. En este lugar no se pretende discutir sobre si la desprivatización de las reacciones a infracciones legales ha sido un logro de la civilización.[95] El ataque a la administración de justicia fundamenta, por regla, meros "delitos leves" (*Vergehen*) (§§ 153, 156, 160 I, 258 I, 356 I, Código Penal alemán), y por ello parece no tener el peso para elevar el injusto de un homicidio al nivel del de un asesinato. Además, parece extraño que con relación a la víctima concreta de estos casos, exista sólo el injusto del homicidio. Conforme al argumento de la usurpación de la justicia, la elevación al asesinato no se produce porque se le haya causado algo grave a la víctima, sino porque el infractor, aparte del homicidio, ha atacado al mismo tiempo a la justicia estatal. Esto conlleva un regusto amargo de Estado autoritario. Pero lo insoportable de los casos prototípicos anteriormente mencionados[96] es lo que le ocurre *a la víctima*.

Habrá que analizar más profundamente el contenido de esta intuición. No es el Estado, sino la víctima casada por obligación, divorciada, que no rinde obediencia ciega a su marido o a su padre, y que posteriormente es privada de la vida, la que es la perjudicada. En los casos explicados como prototipo, el comportamiento de la víctima, entendido por el infractor como deshonra, es un asunto altamente privado, es decir, algo sobre lo que ni el Estado ni nadie está autorizado a dar órdenes de aplicación forzosa.[97] De allí que a la víctima se le deniega finalmente el derecho fundamental de orientarse según sus propios criterios de lo que cabe considerar una vida buena. Por ello, los asesinatos por honor no son simples homicidios: ellos no sólo niegan el bien jurídico de la vida, sino que, adicionalmente, niegan el derecho a vivir cada uno su propia vida, es decir, el derecho a la *autonomía*. El infractor no solamente se arroga el poder de determinar cuándo finaliza la vida de la víctima, sino que, además, quiere determinar el

doloso, busca factores adicionales de desvalor para transformarlo en un asesinato, y no afirma de antemano automáticamente la realización del máximo injusto y de la máxima culpabilidad.

[94] *Supra* II. 3.; afirma NEHM, *supra* nota 3, pág. 425; KUDLICH/TEPE, en *GA* 2008, pág. 94 y sig.; ARTKÄMPFER, *Kriminalistik* 2008, pág. 619; SINN en *SK-StGB* 2010 § 211 n. m. 27; GRÜNEWALD, en *NStZ* 2010, pág. 6 y sig.

[95] En lugar de todos: GRÜNEWALD, *supra* nota 75, pág. 266 y sig., pero que en aquellos casos de autojusticia pretende partir de asesinato; además, la misma, en *NStZ* 2010, pág. 6 y sig. Casi una alabanza de la autojusticia, pero en FABRICIUS, *StV* 1996, pág. 210 y sig.; contra él, convincentemente GRÜNEWALD, en *NStZ* 2010, pág. 6 nota 70.

[96] Véase anteriormente en las notas 10 y sig.

[97] Algo sobre esto en VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 914; muy similar a lo de aquí: GRÜNEWALD, en *NStZ* 2010, pág. 8 y sig.

contenido de esa vida durante el tiempo que le concede. De este modo, hay que reconocer la forma de injusto máxima imaginable, contra la cual el estado liberal debe prever, por razones de intimidación, la máxima amenaza posible.[98] Cuando se comete con plena culpabilidad un ataque de este tipo contra el derecho a la vida y el derecho a llevar a cabo el propio modo de vida -como será el caso regularmente- no habrá nada que se oponga a la aceptación de un asesinato por motivos abyectos.[99]

Lo expuesto encuentra su confirmación en los resultados alcanzados por la jurisprudencia. Por lo tanto, entraría dentro de la lógica del argumento de usurpación de la justicia el aceptar también los motivos abyectos en los casos anteriormente dichos de los castigos privados, porque también en estos casos el infractor se considera autorizado a ejecutar el castigo impuesto por él.[100] Pero en estos casos, el infractor no reacciona a las decisiones altamente personales de la víctima, sino más bien a decisiones que han obviado sus derechos. Si las provocaciones en general puedan tener efectos sobre el contenido de injusto de un hecho, los comportamientos cercanos a la provocación -es decir, comportamientos que son *ilegales* y que pueden provocar previsiblemente una reacción del infractor, pero que no están directamente relacionados en espacio y tiempo con la reacción- deberán excluir al menos la existencia del injusto máximo.[101]

Quedan pues los casos de los comportamientos previos, que se ubican en el espacio intermedio entre la zona clave de lo estrictamente personal y lo ilegal, es decir, la gran gama de actuaciones que se encuentran en la esfera exterior y delimitable de la libertad general de actuación, en el sentido del art. 2 I de la Ley Fundamental.[102] Habría que pensar especialmente en el no uso de un velo. Al

---

[98] A favor de que las amenazas de pena se justifiquen por la intimidación, GRECO*, supra* nota 49, pág. 362 y sig.

[99] El concepto anteriormente esbozado ofrece posiblemente una explicación de por qué homicidios con motivación política -los cuales, en tiempos del terrorismo islamista, frecuentemente también son cometidos por miembros de otros ámbitos culturales- realizan la máxima injusticia: el sacrificio de la propia vida para una causa ideal es una decisión extremadamente personal no defendible, de modo que aquel que designa a otro como víctima de un homicidio para fomentar un objetivo político, no solamente le quita a su víctima la vida, sino también su derecho de tomar decisiones extremadamente personales de modo autónomo e independiente.

[100] Por ello, por asesinato DIETZ, en *NJW* 2006, pág. 1387.

[101] Similar a PERALTA, en *FS Roxin* II, S. 265. Si estos principios realmente soportan la aceptación de un asesinato en el caso de BGH en *NStZ-RR* 2004, pág. 361 (véase anteriormente *supra* nota 17) es dudoso porque al padre le correspondía un derecho a la entrega de la fotos de sus hijas menores conforme al Art. 1004 BGB en combinación con el § 22 KunstUrhG (más concretamente por *M.* FRICKE en Wandtke/Bullinger, Urheberrecht 3ª edic. 2009 § 22 n. m. 38), de modo que la denegación de la víctima a entregar las fotos representa un comportamiento previo ilegal.

[102] En este punto aparece una diferencia entre el principio aquí defendido y aquel que considera al homicidio como forma privilegiada de asesinato (véase anteriormente *supra* nota 93). Por la inversión de la carga de argumentación, esta nueva orientación tiende a denegar el injusto del asesinato tan sólo

menos conforme al argumento aquí desarrollado, falta el contenido adicional de desvalor comparable con el del homicidio común. Naturalmente con ello no se excluye que se llegue a la aceptación de un injusto máximo desde otras reflexiones.[103]

4. Resumen, perspectiva

Un derecho penal que distingue entre moralidad y legalidad, es decir, un derecho penal que merece la distinción de ser un *derecho penal del hecho*, no tendrá ningún problema con diferentes conceptos de valor de minorías culturales. Las convicciones morales del infractor que contradigan a las de la mayoría tienen en el derecho penal del hecho la misma relevancia que aquellas que coinciden con las de la mayoría, es decir: ninguna.

Los asesinatos por honor son asesinatos, y no simples delitos de homicidio. Pero, en contra de la opinión dominante, esto no se fundamenta en que se basen en una motivación especialmente reprobable y despreciable -porque realmente no son moralmente muy despreciables aquellos homicidios que son cometidos por personas socializadas conforme a escalas diversas (se puede decir sin reparos: en parte equivocadas). Pero habrá que reconocer el asesinato porque estos hechos realizan, por una parte, un injusto máximo: no solamente violan el bien jurídico de la vida, sino además el derecho de la víctima a orientar su vida según su idea de lo bueno, es decir, su derecho a una vida en autonomía, y porque, por otra parte, se realizan con plena culpabilidad, dado que la culpabilidad no se debe considerar como un reproche de la formación de la voluntad, sino meramente como formación de la voluntad poco prudente, en tanto llama al castigo.[104]

---

con un comportamiento ilegal previo de la víctima o con el consentimiento de la misma (según GRÜNEWALD [*supra* nota 75], pág. 215 y sig., 228 y sig.; similar MÜSSIG [*supra* nota 48], pág. 263 y sig. y PERALTA, en *FS Roxin* II, pág. 265 y sig.).

[103] Únicamente como aclaración: Aquí finalmente se expone que el ataque contra la vida, el cual al mismo tiempo es un ataque contra la autonomía, es un caso del máximo injusto del asesinato, pero no que solamente en este caso haya que reconocer el asesinato. El principio indicado aquí podrá explicar sin grandes dificultades una gran parte de los motivos abyectos, pero si consigue explicar la codicia ya no queda tan claro.

[104] Esto naturalmente no significa que no quede margen para lo que la jurisprudencia llama aspecto subjetivo de los motivos abyectos (anteriormente II 3). Si, por las particularidades del caso individual concreto, el infractor desconoce las circunstancias que condicionan el injusto máximo, se encuentra en este punto en un error de tipo. La valoración como injusto máximo no la tiene que hacer él mismo (Íbid. BGH *NStZ* 2004, 497 [498]; en *NJW* 2004, 1466 [1467]; de acuerdo NEHM [*supra* nota 3], pág. 428 y sig.; ARTKÄMPFER, en *Kriminalistik* 2008, pág. 619; VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 917; de otra opinión KÖHLER, en *JZ* 1980, 239, 240 y sig., desde la perspectiva de su concepto de la culpabilidad relacionado con la moralidad). Si el infractor por una casi inimputabilidad fuera incapaz de tomar una decisión prudente, el caso carecerá de un asesinato personalmente atribuible (sirvense de este criterio principalmente MOMSEN, en *NStZ* 2003, pág. 238; *Schneider*, en: MK-StGB 2003 § 211 n. m. 94;

Se podría objetar críticamente que en el principio aquí desarrollado apenas se habló de los motivos. Esto no es por casualidad, sino –en tanto se toma como punto de partida la diferenciación entre legalidad y moralidad– parte del programa. "Los motivos finalmente sólo demuestran ser un epifenómeno en el que se refleja la gravedad objetiva del injusto".[105] Esta conclusión alcanzada hace poco, y que tiene una importancia fundamental para un derecho penal del hecho, debe tomarse en serio y elaborarse en sus implicaciones.

NEHM [*supra* nota 3], pág. 429; KUDLICH/TEPE, en *GA* 2008, pág. 100; ÇAKIR-CEYLAN [*supra* nota 26], pág. 256 y sig.; y además JAKOBS, en *ZStW* 118 [2006], pág. 842: "debilidad social o cultural"). La réplica de que eso sea una patologización (FABRICIUS, en *StV* 1996, pág. 211; SALIGER, en *StV* 2003, pág. 23, 24; VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 918; ÍBID., *supra* nota 2, pág. 95; NEUMANN, en *NK-StGB* 3ª edic. 2010 § 211 n. m. 30a) es correcta como descripción, pero no es ninguna objeción. A mí me parece dudoso que haya espacio para negar la conciencia de la antijuridicidad –la cual, conforme a una doctrina de la culpabilidad referida a la prudencia, se convierte de hecho en una conciencia de la punibilidad (GRECO [*supra* nota 49], pág. 487 y sig.., 508)– en casos en que no se trate de situaciones patológicas de una falta del potencial de dominio de la motivación (como proponen FABRICIUS, en *StV* 1996, pág. 211; SALIGER, en *StV* 2003, pág. 25; VALERIUS, en *JZ* 2008, pág. 918; ÍBID., *supra* nota 2, pág. 96 y sig.; HILGENDORF, en *JZ* 2009, pág. 141; GRÜNEWALD, en *NStZ* 2010, S.9).

105 PERALTA, en *FS Roxin* II, pág. 271; en mayor profundidad ahora ÍBID., *Motivos reprochables*, Madrid, 2012.

XIV. Economización del ámbito de la criminalidad y su control*

Fritz Sack

1. Punto de partida: la tesis de un giro político-criminal

> "Desde que puedo observar a mi entorno punitivo con ojos abiertos, he constatado que nunca antes había visto tanta predisposición sobreentendida, por no decir ganas, de punir como hoy en día. No es la pena la que en estos días requiere de análisis y justificación, sino más bien el porqué de ella y su crítica"[1].

Esta cita la he tomado de un colega mío que también participa en este simposio, el colega Winfried Hassemer, quien en unas jornadas realizadas hace siete años atrás en Nordrhein-Westfalen, presentó una ponencia con el título: "¿Es necesaria la pena?". Esta ponencia fue receptada unas semanas más tarde en versión abreviada en un matutino alemán de gran divulgación[2], bajo el título sensacionalista, pero fiel al contenido: "Las nuevas ganas de penalizar".

---

* Publicado originalmente en AA.VV., *Criminalidad, evolución del Derecho penal y crítica al Derecho penal en la actualidad*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009.

1 W. HASSEMER, "Gründe und Grenzen des Strafens", en Thomas Vormbaum (ed.), *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte*, t. 2, Nomos, Baden-Baden, 2001, ps. 458-484, ps. 458 y ss.; inicialmente en Néstor COURAKIS (ed.), *Die Strafrechtswissenschaften im 21 Jahrhundert*, Festschrift für Profesor Dr. Dionysius Spinellis, Atenas, 2001, ps. 399-424.

2 Frankfurter Rundschau v. 20/12/2000, p. 16; La ponencia se expuso el 31/11/2000 en la Grosse Juristenwoche NRW (Gran semana de los Juristas, Renania del Norte, Westfalia) de la Academia, Gustav-Heinemann-Akademie en Recklinghausen.

Con la cita previamente mencionada, Hassemer hace referencia, bien al inicio de su ponencia, en forma retórica a la pregunta del título: "¿Es necesaria la pena?". En el siguiente transcurso de sus ideas menciona en sus observaciones, cito: "La reforma del Derecho penal [...] tarea miope desde hace dos siglos". En esta reforma no se trata de otra cosa que de los agravamientos producidos en el Derecho penal material –en los nuevos tipos penales, en mayores penas y condiciones simplificadas para la aplicación de una condena–, y en el Derecho procesal penal en los nuevos y agravados métodos de indagar[3]. Del mismo modo, Hassemer no deja dudas de que este proceso se realizó con un consenso general, por fuera y por dentro de la práctica del Derecho penal y de la ciencia jurídico-penal[4].

Aun cuando el tema no se constituyera en punto de partida, esta ponencia, presentada en la "Gran semana de los Juristas", como se titulaba el evento, resultó para mí una reafirmación posterior de mi interés en el mencionado problema. Desde ese entonces, este interés jamás me ha abandonado como criminólogo social. Más bien ha puesto en movimiento permanente el órgano criminológico en el cual participo como antiguo miembro del Directorio de la *Humanistische Union* (Unión Humanística), la organización de derechos civiles más antigua de Alemania, así como mis sentidos políticos.

Pero debo confesar, que no pude seguir este tema mucho en la discusión alemana[5]. En la República Federal de Alemania más bien se discute acerca del agravamiento procesal y el desarme y rearme formal de los órganos de seguridad, pero sólo un reducido grupo de juristas, periodistas y civilistas[6] protesta abiertamente contra ello. Vale la pena observarlo más detenidamente, y no sólo fijar la mirada en los movimientos jurídico-positivistas, como constata Hassemer en sus observaciones. Sí se incluyen también voces y votos, provenientes desde afuera del derecho y sus órganos, la evolución cobra un acento que deja considerablemente atrás el ámbito jurídico y se evidencia como un desafío social.

[3] HASSEMER, "Gründe und Grenzen des Strafens", cit., p. 477.

[4] IBÍDEM.

[5] F. SACK, "Die deutsche Kriminologie-von 'draussen' betrachtet" ("La criminología alemana vista 'desde afuera'"), en Hess, Ostermeier y Paul (eds.), *Kontrollkulturen: Texte zur Kriminalpolitik im Anschluss an David Garland, Weinheim* (*Culturas de control, textos de política criminal a partir de David Garland*), Juventa Verlag, Weinheim, 2007, ps. 205-230.

[6] Compárese: F. SACK, "Juristen im Feindrechtsstaat. Wer den Rechtsstaat verteidigen will, muss die Gründe seines Niedergangs in den Blick nehmen" ("Juristas en el Estado de Derecho del enemigo. El que quiera defender al Estado de Derecho debe tener presente las causas de su declinio"), en *Themenheft: Vom Rechtsstaat zur Sicherheitsgesellschaft* (*Revista temática: Del Estado de Derecho hacia una sociedad de seguridad*), 178, Vorgänge, junio, 2007, ps. 5-26.

A fin de poder ampliar bien esta visión, abandono la situación alemana y me dedicaré a un estudio y a un autor, quien publicó al mismo tiempo que Hassemer una monografía que desde entonces se ha convertido en un *bestseller* criminológico. Se trata del trabajo del profesor escocés, jurista y científico social, docente de la Universidad de Nueva York, David Garland, y su obra publicada en 2001: *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*[7]. Desde entonces, este trabajo de investigación saturado empíricamente ha sido traducido a otros cuatro idiomas, –incluyendo el chino, incluso al español, pero no al alemán–, ha obtenido premios y distinciones, y ha sido discutido y receptado más allá del marco de citas tradicionales en simposios propios y en jornadas científicas. En Alemania, agréguese como nota al pie, ha sido tratado uniformemente por la "comunidad científica" con bastante reserva y rechazado con el argumento de faltarle o carecer de significado[8].

Garland se propone en su trabajo, realizar un cambio de estructura político criminal y de seguridad, cuyas raíces y procesos lo llevan decididamente más allá de los límites tradicionales del derecho penal y de la política criminal. Se debe en definitiva a su trabajo que en la criminología angloparlante se hable del término "*punitive turn*" que, desde hace años, se ha convertido en la esencia de la nueva política criminal.

A partir de aquí la política criminal no sólo se ha adaptado a las cambiantes condiciones económicas, sociales y políticas, muchas veces definidas eufemísticamente como modernización, sino que además ha evidenciado un cambio de dirección. A más tardar desde la publicación del estudio de Garland este proceso ha sido documentado y analizado por los Estados Unidos y por Gran Bretaña, países de los cuales provienen las pruebas empíricas de su tesis. Una década y media antes de que Garland hubiese documentado y detallado monográficamente el perfil teórico e institucional de la política criminal tipo de un Estado de bienestar[9], ni se hablaba de un cambio político-criminal de estas características, pese a que desde una visión actual, ya estaba encaminada.

Déjenme acotar algunas opiniones de Garland y hacer referencia al espacio e intensidad de la evolución político-criminal en la siguiente frase del autor. Cito y traduzco:

---

[7] D. GARLAND, *The Culture of Control. Crime and social Order in Contemporary Societies*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

[8] Compárese con F. SACK, *supra* nota 5 y F. SACK, "Die deutsche Kriminologie im Lichte des Werkes von D. Garland" ("La Criminología alemana a la luz de la obra de D. Garland"), en D. Klimke (ed.), *Exklusion in der Marktgesellschaft* (*Exclusión en la sociedad de mercado*), VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2008, ps. 301-322.

[9] D. GARLAND, *Punishment and Welfare. A history of penal strategies*, Gower Aldershot, 1985.

> "Hasta hace treinta años atrás cualquiera de estas características punitivas hubiesen resultado muy improbables, pero aún para el observador mejor informado seguimos sin saber a ciencia cierta cómo hemos llegado desde allá hasta aquí, y porqué el futuro de la política criminal, que determina hoy por hoy nuestro presente, resulta tan diferente de aquella que pensábamos en forma irrestricta hace una generación"[10].

Otra cita remarca aún más el aspecto comparativo y estructural de su tesis inicial de partida; traduzco:

> "la evolución más moderna del control de la criminalidad y de la justicia penal resultan de tan difícil comprensión, porque aparecen como un cambio repentino y alarmante en un sendero histórico que hasta ese momento se evidenciaba como muy sólido. Marcan una discontinuidad severa que pide explicaciones a gritos. Los procesos de la modernización que hasta hace muy poco creíamos firmemente establecidos en este ámbito, antes que todo la racionalidad y civilidad del derecho penal, parecen haberse convertido justamente en lo opuesto".

Y sigue: "Las últimas tres décadas han evidenciado un movimiento de alejamiento cada vez más intenso de los principios determinantes de la política criminal y de la justicia penal de todo el siglo veinte"[11].

Hasta aquí dos diagnósticos coincidentes de política criminal y de seguridad, presentados a través del ejemplo de tres sociedades estructuralmente similares, pero institucional e históricamente diferentes. Se podrían agregar fácilmente otros ejemplos provenientes de diversas sociedades que apuntan en la misma dirección, pero el espacio y el tiempo nos impiden un desarrollo más extenso del tema. No obstante, no quiero dejar de hacer algunas referencias, debido a su actualidad y a su relevancia teórica y comparativa.

El ejemplo actual es, al mismo tiempo, una interpretación politológica de la evolución mencionada. El criminólogo neozelandés J. Pratt, a quien la criminología debe un estudio excelente sobre el tema *punishment and civilization* (pena y civilización), recientemente ha presentado un destacado trabajo sobre el tema *penal populism*[12] (populismo penal). Su tesis sostiene que el populismo penal en la política criminal y de seguridad, dirigido contra los expertos es la expresión de una profunda crisis en la relación existente entre las elites sociales y el *establishment*, por un lado, y el pueblo comprendido enfáticamente, por el otro.

---

[10] GARLAND*, supra* nota 7, pp. 1 y 2.

[11] ÍDEM, p. 3.

[12] J. PRATT, *Penal Populism*, Routledge, Londres y Nueva York, 2007.

Es digno de mención por su importancia teórica, un estudio francés de Denis Salas, juez y docente de la *École nationale de la magistrature*, publicado en el año 2005, que se define bajo el subtítulo: *Essai sur le populisme pénal* (*Ensayo sobre el populismo penal*) y que en su título principal *La volonté de punir* (*La voluntad de punir*), recuerda a la "voluntad de punir", mencionada inicialmente. Esta voz francesa resulta notable porque hace recordar el hecho de que una gran parte de la política criminal francesa se cree inmune contra la evolución que menciona Garland. Salas se pregunta con preocupación: "¿Acaso no nos encontramos en nuestro desmesurado esfuerzo por obtener una prevención general, en vías de corromper nuestra comprensión de una pena humana e individual?"[13].

Permítaseme hacer una observación final a la expresión "Populismo político criminal", que se evidencia si no como un cinismo histórico, por lo menos como una función perversa no intencionada. Hace unos pocos días participé de un simposio criminológico que llevaba por título: "Criminología y transición". En éste, el colega polaco de Cracovia, Krajewski, dio una conferencia cuyo título y tema se llamó: "Del derecho penal totalitario a la crítica del populismo penal. Cambios de la criminología polaca desde la caída del muro de Berlín"[14]. Krajewski mostró una visión oscura y opresiva del doble giro de la política criminal que se evidenció en el transcurso de un siglo en su país –un período breve de la política criminal que se caracterizaba por su liberalidad y por la liberación de sus estructuras, instituciones y funcionarios totalitarios del pasado, y a la que le siguió una fase que perdura hasta hoy, que se denominó populismo punitivo y se caracterizó por un renacimiento de la prisión, el reclamo de reinstauración de la pena de muerte y demás medidas represivas. Una evolución que en forma análoga se puede observar en los demás países ex socialistas del período de la Guerra Fría.

2. Algunas comprobaciones de política criminal y de seguridad de la tesis

A continuación, pretendo validar la presente tesis con algunas comprobaciones concretas de la política criminal y de seguridad. Especialmente para los países no angloparlantes no se aplicará lo que un criminólogo americano constató en 1999 sobre la política criminal de su país, cito: "La creciente política criminal punitiva de los Estados Unidos de Norteamérica se ha establecido durante el transcurso de las últimas décadas, más allá de cualquier disputa"[15]. Casi ningún criminólogo, político

---

[13] SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Hachette Littérature, París, 2005.

[14] Debido a que la ponencia de KRAJEWSKI aún no ha sido publicada, se hace referencia al texto análogo, "Punitivität der polnischen Gesellschaft" ("Punitividad de la sociedad polaca"), en J. Obergfell-Fuchs y M. Brandenstein (eds.), *Nationale und internationale Entwicklungen in der Kriminologie* (*Evolución de la criminología nacional e internacional*), revista en homenaje a Helmut Kury para su 65 aniversario, Verlag für Polizeiwissenschaft, Frankfurt, 2006, ps. 485-506.

[15] ST. SCHEINGOLD, Rez. v. Lord Windelsham*, Politics, punishment and populism*, OUP, Nueva York, 1998, en *Punishment and Society*, vol. 1, 1, 1999, ps. 115-117.

o experto de algún país europeo haría una afirmación tan irrestricta de su propio país. Mi mirada se centra por supuesto de forma especial sobre mi propio país. Es que resulta verdaderamente difícil encontrar voces alemanas que, en general, hablen de un giro político-criminal, como el que he enunciado con anterioridad, a excepción de los mencionados arriba y de las manifestaciones y discusiones ocurridas en tiempos recientes.

La recepción y discusión del análisis de Garland ha desencadenado entre otras consecuencias, un agitado debate sobre la generalización de sus constataciones que va más allá de los Estados Unidos y Gran Bretaña. El propio autor subraya la limitación geográfico-empírica de su estudio, pero reclama una pretensión adicional en sentido teórico, en el que cree tener motivos para suponer; cito: "Muchos de los problemas fundamentales (identificados) e inseguridades también son sufridos por otras sociedades posmodernas, o que lo serán pronto, aún cuando las soluciones y caminos a tomar puedan resultar muy diferentes entre sí"[16].

Por esa razón, déjenme traer a colación muy sucintamente algunos de los indicadores y aspectos individuales a través de los cuales se puede evidenciar el giro político-criminal. Haré esto, en lo posible en forma comparativa. Pero antes, un comentario previo sobre la pregunta necesaria: ¿A través de qué síntomas se evidencia el giro político-criminal afirmado? Sin pretender entrar en un complejo análisis de tipo metódico, teórico y definitorio tan objetable como la tesis, quiero aludir a la diferencia que llama la atención cuando se compara la discusión alemana con la anglosajona. Mientras que la discusión alemana se basa en mayor medida en aspectos y criterios legislativos y judiciales, el análisis de Garland y de otros investigadores no alemanes se extiende a "the whole range of our social responses to crime"[17] ("el rango integral de las respuestas sociales ante el crimen"), es decir, a todo el espectro de reacciones sociales en su totalidad ante el crimen. Algunos ejemplos para evidenciar el alcance de lo empírico de la tesis de Garland: Abolición del principio de resocialización, la vuelta a la "pena" en un sentido represivo y emocional, pena pura y *sans frase* (sin mitigación), la vuelta a la víctima, la protección de lo público mediante la implementación de la "nueva" política criminal preventiva y el establecimiento de una seguridad comunal, la nueva recurrencia a la prisión, la politización y el populismo en la política criminal y de seguridad, la privatización y comercialización de la política de seguridad, la transformación de la criminología, los nuevas formas de control del crimen (véase W. Bratton y su *Tolerancia cero neoyorquina*), y finalmente englobando todo el conjunto: Una conciencia de crisis permanente en el ámbito político y de seguridad interior, que se destaca por una seguidilla inédita y acelerada de innovaciones legislativas, intervenciones, modificaciones, etcétera. En total, el giro de los

[16]GARLAND*, supra* nota 7, p. 7.
[17] ÍDEM, p. VIII.

principios del Estado de derecho de protección del ciudadano ante el Estado, a los principios de protección a través del Estado.

Es imposible investigar todos estos aspectos en su detalle empírico, es por eso que me limitaré en mi siguiente exposición a uno sólo de los criterios mencionados.

El punto central determinante en el pasado consistía en la modificación de un sistema de sanciones. En opinión de diversos expertos, se trataba de abolir o sustituir la prisión por otras formas de reacción estatal ante las violaciones de la ley. La pena privativa de libertad es un medidor extraordinario y sensible para la dirección que toma, no sólo el derecho penal, sino también la sociedad. A ella se aplica especialmente la constatación hecha por el presidente W. Churchill hace más de cien años, en el año 1910, ante la Cámara de los Comunes. Cito de mi traducción: "La actitud y la conducta de la sociedad ante la criminalidad y hacia los delincuentes constituye uno de los criterios más contundentes de la civilización y de cada sociedad". D. Cayley tomó está definición como lema de su monografía "The Expanding Prison" ("La prisión que se expande") en el año 1998[18].

En función de lo expuesto, desearía poner la mirada en la política penitenciaria de algunos países seleccionados. Comencemos con el que en este ámbito es el indiscutible país precursor, los Estados Unidos.

[18] D. CAYLEY, *The Expanding Prison. The Crisis in Crime and Punishment and the Search for Alternatives*, House of Anansi Press, Toronto, 1998; cita de Churchill, p. VII.

Tabla 1: Población carcelaria en los Estados Unidos *

Año	Cantidad		Tasa de presos (100.000 hab.)	
	Cárceles	Cárceles y prisiones**		
1970	199.000	-	87	-
1980	319.598	503.586	139	-
1990	743.382	1.148.702	-	-
1995	1.078.542	1.585.586	411	601
2000	1.316.333	1.937.482	462	684
2002	1.367.547	2.033.022	469	701
2004	1.421.911	2.135.901	486	724
2005	1.525.924	2.193.798	491	737
2006	-	2.245.189	-	750

* La fuente de estos datos proviene esencialmente de las informaciones del *US Department of Justice, Bureau of Justice Statistics* (Departamento de Justicia, Oficina de Estadísticas Judiciales).

** En las *jails* (prisiones) están los autores de delitos que han cometido hechos penales más leves, así como procesados.

Una mirada a las estadísticas y a la dimensión cuantitativa nos ahorra cualquier comentario. Los impresionantes números, que para decirlo de alguna manera, conmueven, evidencian a los Estados Unidos, según R. Posner, afirmativamente como *the most punitive nation* (la nación más punitiva). En menos de tres décadas, la tasa de presos (por 100.000 hab.) en los Estados Unidos se ha quintuplicado. Con esto, los Estados Unidos son los líderes indiscutibles de esta lista de países con civilización negativa. Esta evolución ha provocado que los criminólogos estadounidenses, J. Irwin y J. Austin, recurran a la imagen de la gula desenfrenada, ya que hablan de un "imprisonment binge"[19], en el diccionario esta expresión de jerga se expresa en alemán cómo: "beber alcohol hasta el hartazgo". Otros dos expertos, los científicos americanos T. Caplow y J. Simon hablan de "Números sin

[19] J. IRWIN y J. AUSTIN, *It´s About Time*, *America's Imprisionment Binge*, 2ª ed., Cal., Belmont, 1997.

precedentes en la historia americana" y se ubican a sí mismos ante esta tendencia "al borde inherente de los prognósticos sociológicos"[20].

El aumento sin precedentes de la población carcelaria de los Estados Unidos, que equivale a un aumento anual de un 6,3%, se amplía aún más en toda su dimensión y manifestación sin precedentes, cuando se lo observa comparativamente en el tiempo.

El aumento de las tasas de presos en los Estados Unidos, que comenzó a mediados de los años setenta, le siguió a un período de cinco décadas (1925-1975) durante el cual la tasa de presos estadounidense se mantuvo más o menos constante, oscilando el valor en 100. Se evidencia además que el aumento de la población carcelaria de los Estados Unidos crece sin límites aún con una criminalidad decreciente. El *New York Times* publicó en 1997[21] un titular que rezaba: "Crime keeps on falling but prisions keep on filling" ("El delito continúa bajando, pero las cárceles continúan llenándose"). La tasa de presos aumentó de 2005 a 2006 en otros 13 puntos y alcanzó los 750. Esta inconsciente represividad del derecho penal estadounidense –hay que llamarla así–, se puede demostrar de muchas otras formas, se describe en forma cínica y drástica más de lo que se la explica. La frase: "A los delincuentes hay que encerrarlos y tirar la llave" (*lock them up and throw the key*[22]) se ha convertido en un dicho corriente, o como dice el periodista canadiense D. Cayley en el capítulo sobre la política criminal americana: *Trail'em, Surveil'em, Nail'em, and Jail'em*[23], lo que equivale a: "Persíganlos, vigílenlos, deténganlos, enciérrenlos".

Ahora permítaseme echar un breve vistazo sobre Europa. El hecho que las democracias occidentales tampoco tomaron un camino muy diferente del de los Estados Unidos en su política criminal, puede verse a través de la tasa de presos. La Tabla 2 brinda información al respecto y refleja la evolución de las tasas de presos a través del período de los últimos 12 a 14 años. Basten algunas breves explicaciones. Los 18 países investigados evidencian durante el período comprendido un aumento de la tasa de presos. En siete países, entre ellos, Inglaterra, Escocia y Luxemburgo, encontramos hoy tasas de presos de tres dígitos, mientras que una década atrás sólo Escocia registraba estos valores.

[20] T. CAPLOW y J. SIMON, *Understanding Prision Policiy and Population Trends*, en M. Tonry y J. Petersilia (eds.), *Prisions. Crime and Justice. A Review of Research*, 26, Chicago University Press, Chicago y Londres, 1999, ps. 63-120.

[21] F. BUTTERFIELD, "Crime Keeps on Falling, but Prisions Keep on Filling", en *New York Times*, sección 4, cita D. CAYLEY*, supra* nota 18, 28/9/2007, p. 5.

[22] Titular del *Time Magazine*, 7/2/1994.

[23] CAYLEY*, supra* nota 18, p. 43.

Tabla 2: Tasa de presos en Europa

País	1992	2004/05/06	Incremento (%)
Dinamarca	66	77	16,6
Finlandia	65	75	15,3
Suecia	63	78	23,8
Noruega	58	68	17,2
Irlanda	61	85	36,9
Inglaterra y Gales	88	145	64,7
Escocia	105	142	35,2
Grecia	61	90	47,5
Italia	81	98	20,9
Portugal	93	123	37,6
España	90	143	55,5
Austria	87	108	24,1
Bélgica	71	90	26,7
Francia	84	88	4,8
Alemania	71	93	36,6
Luxemburgo	89	145	62,9
Holanda	49	127	159,2
Suiza	79	83	5,1

Fuente: R. Walsmley, Word Prision Population List. International Centre of Prision Studies. King´s College London (*www.prisionstudies.org*).

Llama especialmente la atención, el aumento en aquellos países europeos que se caracterizan por su derecho penal liberal; en particular la evolución de los Países Bajos, que en el período comprendido evidenciaron un incremento de 160%, convirtiéndose en el mayor aumento entre todas las tasas de los países analizados. Pero también los países escandinavos, en el pasado modelo de una política criminal desarticuladora del sistema carcelario, han seguido esta tendencia, incluso Finlandia, que durante años pareció nadar en contra de esta corriente, se ha alineado hoy en esta evolución general.

Por supuesto que Alemania tampoco es una excepción a la regla: el aumento de su tasa de prisiones de 71 a 93 significa un incremento de un tercio, y es coincidente con la afirmación y la opinión con las cuales comencé mi exposición.

Hasta aquí la comparación cuantitativa sobre un indicador cuantitativo central de la política criminal y de seguridad de los países. La inclusión de más sociedades tampoco traería aparejada otra cosa que la de un avance en serie. Las excepciones a

esta evolución más bien aparecen en el déficit del registro criminológico. Déjeseme acotar a este punto por último, que ni siquiera la inclusión de la Argentina y de sus vecinos latinoamericanos más cercanos evidencian un mejor cuadro. La tasa de presos de nuestro país anfitrión (Argentina) ha aumentado desde 1992 a 2005 de 63 a 163, esto es, en un 158%; la de Brasil de 74 a 219, o sea, en un 200%.

3. Causas de esta evolución: de la economía de mercado hacia una sociedad de mercado

Hasta aquí señoras y señores sobre la dimensión geográfica y la dimensión del contenido del giro político-criminal, del "*punitive-turn*". Ahora me dedicaré a las causas y a los factores de movimiento de la evolución descripta, llegando a la afirmación que lleva por título esta disertación.

En ella no se trata tanto de los mecanismos técnico jurídicos o inherentes al derecho de este desarrollo, como el difamado "*three strikes and you are out*", o de la reducción del libre arbitrio del juez mediante "*sentencing guidelines*" ("lineamientos para aplicar la sentencia"), etcétera. Más bien quiero dirigir la mirada hacia las causas y las condiciones extrajurídicas de la evolución.

Por supuesto que esta pregunta también es tratada por aquellos autores que han diagnosticado y analizado este proceso, pero por regla general esto sucede en forma esquemática aunque delinean una dirección que vale la pena seguir. En este sentido, Hassemer, por ejemplo, trata los riesgos de vida de la sociedad moderna. Cito sus palabras: "No sólo se trata de criminalidad, sino también de dinero, medio ambiente, migración, jubilaciones, violencia"[24]. El abordaje de Garland en su monografía va incluso más allá y responsabiliza por el cambio, a los profundos procesos culturales y estructurales que llevan al "*punitive turn*" (giro punitivo). Por supuesto que se dan otras respuestas a este interrogante. Las mencionaré brevemente para luego dejarlas de lado. Una respuesta sobre las causas del giro punitivo político-criminal se basa en el aumento objetivo evidenciado y subjetivamente percibido de la criminalidad, específicamente el aumento de la inseguridad pública. La criminóloga estadounidense K. Beckett ha revisado empíricamente y rechazado esta suposición[25], llamada por ella de: "democracy at work Hypothese" ("Hipótesis de la democracia en acción"). Del mismo modo que es poco discutible el aumento estadístico criminal de las tasas de criminalidad y de la situación de seguridad, resulta negativo el hecho de que gran cantidad de observadores concuerdan en que esta respuesta se queda corta.

---

[24] HASSEMER, *supra* nota 1, p. 480.

[25] K. BECKETT, *Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics*, Oxford University Press, Nueva York, 1997.

Del mismo modo, desde mi punto de vista, existe otra suposición que forma solo parte y no es causa del proceso, y me refiero al rol que desempeñan los medios por la forma y dimensión en que informan sobre la criminalidad y la seguridad. Estos parecen estar más bien interesados en el aumento de ejemplares y de cuotas de audiencia que en la reproducción e información de la realidad.

Es debido a esto que mis elucubraciones van en otra dirección. Quisiera reseñarlas en tres etapas. El sociólogo francés –profesor de la Universidad de Berkley– Loïc Wacquant, describió la evolución punitiva bajo el título: "Del Estado de bienestar al Estado penalizador"[26]. En forma similar, el sociólogo polaco-inglés, Z. Bauman: "Del Estado de bienestar a la cárcel"[27]. Ambos autores hablan de una demostrable y observable covariación, de una relación negativa entre la disminución de las prestaciones sociales y las instituciones por un lado, y la expansión de recursos y establecimientos de seguridad estatal, por otro.

En una segunda etapa, quisiera retomar brevemente el concepto de sociedad de riesgo y preguntar acerca de su uso analítico en la incorporación de la evolución aquí descripta. De entre todas las tentativas por darle una ubicación estratégica y una dirección a las sociedades posmodernas, es el concepto de la sociedad de riesgo el que más éxito ha tenido y el que más furor hizo, incluso en lo referente a su principal representante, Ulrich Beck con su libro de título homónimo de 1986[28]. Este concepto ha sido incorporado en reiteradas ocasiones a la discusión criminológica. En este sentido, el criminólogo estadounidense Jonathan Simon ha establecido una relación manifiesta entre la aceptación de la pena de muerte y las implicaciones sociales de la sociedad de riesgo.

La teoría de la sociedad de riesgo ha planteado dos puntos claves: Por un lado, la individualidad, por el otro, la responsabilidad. Cito: "La individualidad significa la abolición de formas de vida previamente dadas, por ejemplo, el quiebre de categorías de vida, como: clase y Estado, rol de los sexos, familia, vecindad, etcétera"[29]. La individualidad se relaciona con la palabra clave de la responsabilidad. El individuo tiene la exigencia de transformar su propia vida

[26] L. J. D. WACQUANT, "Vom wohltätigen zum strafenden Staat: Über den politischen Umgang mit dem Elend in Amerika" ("Del Estado de bienestar al Estado penalizador: Acerca del tratamiento político de la miseria en América", en *Leviathan*, vol. 25, 1, 1997, ps. 50-66.

[27] Z. BAUMANN, "Die Fremden des Konsumzeitalters: Vom Wohlfahrtsstaat zum Gefängnis" (*Los ajenos a la era del consumo: del Estado de bienestar a la cárcel*), en *Unbehagen in der Posmoderne* (*Malestar en la Posmodernidad*), Hamburgo, 1999 (en inglés, 1ª ed., 1997), ps. 66 y ss.

[28] U. BECK, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (*Sociedad de riesgo, en camino hacia una modernidad diferente*), Suhrkamp Verlag, Frankfurt, 1986.

[29] U. BECK y E. BECK-GERNSHEIM (eds.), "Individualisierung in modernen Gesellschaften. Perspektiven und Kontroversen einer subjektorientierten Soziologie" ("Individualidad en las sociedades modernas-perspectivas y controversias de una sociología orientada hacia el individuo"), en *Riskante Freiheiten*, Frankfurt, 1994, ps. 10-39.

mediante hechos provenientes de la tradición, e instituciones que se transforman en decisiones personales. Menciono otra cita: "Hay que reconquistar para imponerse a la competencia existente por la escasez de recursos, y esto, no sólo por única vez, sino a diario. Cada uno es responsable individualmente –tanto en la suerte como en la desgracia–"[30].

Muchas veces, para tomar como categoría central para la descripción de las exigencias que tiene la persona moderna, se hace referencia a la figura del empresario como modelo generalizado del ser humano sobre su patria de origen y social: la economía. En este sentido se dice: que cada uno es su propio empresario que no sólo hace su propio mercado, sino que crea su propio mercado– con todas las chances y riesgos que ello implica. Justamente la imagen que lo describe es la del "gerente de empresa unipersonal", imagen que resulta tan flexible como popular[31].

Hasta aquí lo referente al concepto de sociedad de riesgo y sus implicaciones para la imagen de hombre que proyecta para la vida en las sociedades modernas.

Si se quiere analizar esta relación en forma más precisa, y en un lenguaje económico, se debe pasar a un tercer punto, partiendo del corte social, tan poco presente en nuestros discursos criminológicos y político criminales, esto es, al giro neoliberal existente en la economía y en la política. Es precisamente la Chicago School of Political Economy con su representante más prominente, el recientemente fallecido Milton Friedman, quien representa este giro en forma más pura. El trabajo de Friedman *Capitalism and Freedom*[32] ("Capitalismo y Libertad") de 1962 habla de la inminencia del reemplazo de la era socialista de pos guerra, y trajo aparejado desde entonces un triunfo singular a nivel político-económico y político-social no sólo en los Estados Unidos, sino también en muchos otros países, creando una justificación teórica y una ideología retórica.

El proyecto neoliberal lleva su letra en lo puramente económico, más conocida como economía neoclásica, pero también apunta más allá de ella. Para este autor se trata, sobre todo, de la nueva redefinición del Estado y en primer lugar, de su

---

30 ÍDEM, p. 12.

31 Esta expresión fue acuñada en relación con el "desmantelamiento" del Estado social alemán de los años 90. En el año 2002, este concepto fue declarado la no palabra del año por la Gesellschaft für deutsche Sprache e. V. (Sociedad registrada del idioma alemán). Justificación: esta palabra creada, proveniente del discurso del management "yerra en el cumplimiento de requisitos de adecuación objetiva y de convivencia humana especialmente (…) debido a que reduce a las personas a un nivel idiomático utilizado en la bolsa".

32 M. FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, Chicago, 1962. Una extraordinaria colección de ensayos se encuentra en W. J. SAMUELS (ed.), *The Chicago School of Political Economy*, New Transaction Publishers, Brunswick y Londres, 1993 (1ª ed., 1976).

retracción y reducción. Sostiene un imperialismo económico, que se compromete a imponer la lógica económica y la racionalidad no sólo al ámbito de la economía y de las actividades económicas, sino a convertirlo en un principio político y de transformación para todos los demás ámbitos sociales. La consecuencia pretendida aspira a llegar a una "economización de lo social", como se menciona en los trabajos tardíos de Foucault con respecto a la *gouvernementalité*[33] ("mentalidad gobernante") neoliberal. En un artículo del *New York Times* este proceso se denominó hace muchos años: "*From P.C. to E.C*[34]*, from political correctness to economical correctness*" ("De lo políticamente correcto hacia lo económicamente correcto"). El mercado se utiliza como medio de direccionamiento central contra el Estado y la Política e incluso contra el Derecho.

Si se observan con mayor detenimiento los aspectos económicos, sociales y políticos del proyecto neoliberal, se pueden constatar paralelismos muy claros e intencionados con respecto a las mencionadas tendencias político-criminales. Al final de esta exposición pretendo hacer referencia a estas tres relaciones sin que sea en forma completa o sistemática.

1. Una primera aproximación a la política neoliberal con respecto a las tendencias político-criminales y penales consiste en observar la directa intervención de sus principales representantes en el ámbito de la política criminal. Este campo político para ellos pareciera ser el más indicado fuera del terreno económico y constituye, asimismo, un ejemplo de aplicación para imponer las pretensiones neoliberales sobre la dirección social. M. Friedman, G. S. Becker y R. A. Posner –tres de los principales exponentes de la Escuela de Chicago, dos de ellos distinguidos con el Premio Nobel en Economía–, han elegido a la política criminal como objeto de la reconstrucción económica, abogan en favor de la disuasión, la "*selective incapacitation*" ("incapacitación selectiva") y el uso intencionado de estímulos negativos, hasta el uso del llamado deber de distanciamiento en la ejecución penal. Su polémica en contra del Estado de bienestar y sus instituciones se vincula con la defensa del "*tough on crime*" ("duro contra el delito") en sus diversas

[33] De la literatura en vista de y sobre Foucault, aquí se hará sólo mención a la de S. KRASMANN y M. VOLKMER (eds.), *Geschichte der Gouvernementalität in den Sozialwissenschaften* (*Historia de la Gouvernementalidad en las ciencias sociales*), de Michel Foucault, escritos internacionales Bielefeld, Transcript Verlag, 2007.

[34] Cita de I. WARDE, "Die Tyrannei des ökonomisch Korrekten" ("La tiranía del económicamente correcto"), en *Le Monde Diplomatique*, dei Tageszeitung/WoZ, 12/5/1995, ps. 20-21.

manifestaciones[35]. Al viejo escepticismo político criminal de que la prisión no sirve, "*prison does not work*", ahora le oponen el "*prison works*"[36], la prisión sirve.

2. Una segunda comparación se refiere a la correspondencia entre la política económica neoliberal en sentido estricto y la política criminal, esto es, la aplicación inmediata de la lógica de mercado de oferta y demanda a la nueva concepción de medidas político-criminales. La ampliación del Derecho penal –tanto de las normas procesales como de las materiales–, la evolución de la prevención criminal, especialmente aquellas de tipo situacional, y las formas de prevención comunitaria apuntan en su totalidad a la modificación de las oportunidades y a los costos de la transacción, es decir, al encarecimiento de la criminalidad. En este sentido, son el equivalente político-criminal de la economía político-neoliberal, orientada por la oferta[37].

3. Un tercer aspecto de la correspondencia entre el cambio estructural neoliberal de la sociedad y el renacimiento político-criminal del Derecho penal se puede observar en el modelo de sociedad y de ser humano que lo sustenta. Se trata del modelo del *homo economicus*, que sostiene ambas estrategias, esto es, de un individuo que maximiza la utilidad y minimiza los costos. En el ámbito de la economía, se puede evidenciar claramente esta constatación, en la política criminal. La misma lógica puede seguirse a través de la evolución que evidencian los manuales de criminología.

Para finalizar, mi exposición, quiero tomar prestado un enunciado del mundo de la política. Lo extraigo del reciente título de un texto del criminólogo inglés Vincenzo Ruggiero, que dice: "*It´s the economy, stupid!*"[38] ("Es la economía, estúpido"), frase que tomó del eslogan de la campaña electoral de Bill Clinton, utilizada por consejo de sus "*spin doctors*"[39], y con la cual ganó la elección presidencial contra Bush padre en 1992. Tal vez este consejo no le vendría mal a la criminología.

---

[35] "*Tough on crime, tough on the causes of crime*" es el lema del *New Labour* bajo la dirección de T. Blair; adoptado por el Gobieno Federal bajo Schröder y Fischer, Primer Informe Periódico de Seguridad, 2001, p. XXIX.

[36] Compárese D. GARLAND*, supra* nota 7, ps. 132 y ss.

[37] F. SACK, "Von der Nachfrage zur Angebotspolitik auf dem Feld der Inneren Sicherheit" ("De la política de oferta y demanda en el ámbito de la seguridad interior"), en H. J. Dahme, H. U. Otto, A. Trube y N. Wohlfahrt (eds.), *Soziale Arbeit für den aktivierenden Staat* (*Trabajo social para el estado activador*), Leske y Budrich, Opladen, 2003, ps. 249-276.

[38] V. RUGGIERO, "It's the economy, stupid! Classifiying power crimes", en *International Journal of the Sociology of Law*, 2007.

[39] N. de T.: "Asesor en situación compleja".

XV. Problemas en la prognosis del terrorismo*

Sebastian Scheerer[ℜ]

1. Prognosis

Si bien las prognosis[1] son frecuentemente erróneas, son sin embargo inevitables. Desde el 11 de septiembre de 2001 se concede al pronóstico de actividades terroristas más importancia que antes. "*Where the United States Went Wrong in Failing to Predict the 9/11 Attacks*" (¿Dónde se equivocaron los Estados Unidos al fallar en la predicción de los ataques del 11 de septiembre?)[2] es una pregunta retrospectiva que tiene por finalidad mejoras para el futuro. La cuestión de los métodos y errores en las prognosis se encuentra, por tanto, claramente a la orden del día. Su necesidad parece tan evidente que en ningún momento se cuestiona si en ocasión

---

* Texto publicado originalmente en Rivera, I. *et al.* (coord.): *Contornos y pliegues del Derecho. Homenaje a Roberto Bergalli*, Anthropos, Madrid, 2005. Traducción del alemán por María Laura Böhm.

ℜ Para Roberto Bergalli, al buen espíritu (no sólo) de mis primeros pasos en Barcelona, él siempre simpático, peleador y en un *impeccabile outfit* (ché!), mi humilde persona casi siempre regocijada por el buen *cava* en la Barceloneta.

1 El concepto prognosis es problemático por su referencia gnóstico-esotérica. En adelante va a ser utilizado en cambio como sinónimo del concepto predicción (*prediction*), es decir, en el sentido de *inference regarding a future event, or the process involved in making the inference* (Encyclopedia Britannica, 15th edition, vol. VIII: 187).

2 Bruce HOFFMAN, Rethinking Terrorism and Counterterrorism Since 9/11, en: *Studies in Conflict & Terrorism,* 24: 303-316, 2002.

de los ataques terroristas se trató realmente de un error de prognosis, o si no fueron otras y muy distintas las cosas que faltaron[3].

Pero antes que nada es importante tratar algunos aspectos generales sobre las prognosis. Predicción no es igual a predicción. Las hay intuitivas, lógico-matemáticas, empíricas y aquellas que se refieren puntualmente a procesos o acontecimientos por lo que se asemejan a profecías, y las otras, que se dan por satisfechas con probabilidades. Interesante es que en la actualidad gozan nuevamente de gran popularidad las prognosis intuitivas y para-científicas, o sea más bien astrológicas. Claro que en la realidad de los decisores estatales y sociales no gozan de buena reputación, y sin embargo también allí está el horóscopo escondido en el cajón, mientras que sobre el escritorio se encuentran los voluminosos pronósticos sobre el curso del tipo de cambio y el desarrollo económico. La seguridad de acierto de estos últimos es sin embargo considerablemente menor, porque presentan declaraciones mucho más minuciosas sobre el futuro que se espera y pueden así resultar falseados mucho antes. De todos modos existen también otras causas de error, tanto accidentales como esenciales.

Las fuentes de error accidentales se refieren a circunstancias que, por ejemplo en el caso de déficits de datos o conceptualizaciones, en principio son superables. De todos modos el motivo fundamental para la mayoría de las decepciones que se viven en los pronósticos reside en el simple hecho de que a los hombres nunca les está dado "conocer" el futuro. El futuro no se deja ver fácilmente en las cartas. Nada menos que al famoso Niels Bohr, conocido por sus propias prognosis (físico-atómicas), se le atribuye la presentación de este problema fundamental de las declaraciones "predictivas": "*Prediction is difficult, especially about the future.*" ("La predicción es difícil, especialmente sobre el futuro")

El empirismo orientado a la prognosis depende del relevamiento de datos respecto de dos o más fechas o momentos, y ello para poder construir sólo la forma más modesta de una hipótesis de tendencia. Y en este caso es entonces de suponer que, o bien las regularidades y condiciones básicas continuarán actuando y presentes como hasta la fecha –y por tanto el rumbo del proceso permanece lineal; o hay motivos para aceptar que la interrelación de efectos o las condiciones básicas se modifican: entonces se podría pronosticar con base en conocimientos adicionales, cuándo y en qué forma e intensidad y con qué consecuencias el rumbo del proceso va a variar (modificación de tendencia).

---

[3] Cfr. Sebastian SCHEERER, *Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien,* Lüneburg: zu Klampen, 2002, p. 66 ss.

Las causas de error que resultan obvias en tales contextos son: deficiencia en los datos sobre el pasado o el presente recabados mediante observación, y falta de diagnóstico sobre las tendencias; deficiente explicación teórica del proceso en el pasado y falta de diagnóstico sobre las variables y/o condiciones básicas decisivas. Estrictamente hablando *deficiencia* no es lo mismo que *error*: quien tiene que manejarse con bases de datos insatisfactorias, solo puede formular un pronóstico muy precavido y aun así dicha prognosis quedará sujeta a gran cantidad de reservas. Los verdaderos errores son cometidos cuando por una mal entendida ambición investigativa, la inseguridad de la base de datos es negada, desplazada o encubierta y el investigador afirma a pesar de ello la robustez del pronóstico, que en rigor de verdad debería ser definido como una muy precaria especulación.

De todas formas se hace bien en utilizar una suerte de *check-list* para pensar en los posibles factores que pueden conducir a insuficiencia o error en torno a:

- la relevancia y/o exactitud de la información sobre el pasado;
- la duración del período de observación y del período de prognosis;
- el grado y la forma en los cuales las reglas del pasado pueden ser utilizadas también en el futuro;
- la calidad de la teoría con la que se explican las observaciones del pasado.

Cada uno de estos puntos puede ser fuente de complejísimas inseguridades acerca de la fuerza declarativa de una prognosis. Una noción como por ejemplo la de "calidad de una teoría" es así "essentially contested", es decir, forzosa e inevitablemente controvertida[4]. Dado, sin embargo, que desde Thomas S. Kuhn se da por hecho que la aceptación de una teoría se rige por criterios distintos a los puramente objetivos, es por tanto lógico que al momento de la valoración de una teoría se presuma y analice también la existencia de fuentes de error.

2. Causas de error en la prognosis del terrorismo

En cierta medida puede ser el propio fenómeno, objeto de la prognosis, el que provoca que determinadas causas de error se acumulen o que cuanto menos aparezcan con más probabilidad que la normal. En este sentido puede darse en

[4] William B. GALLIE*: Essentially Contested Concepts, en:* Proceedings of the Aristotelian Society *56 (1955/56), pp. 167-198.*

definitiva un caso de retroalimentación, ya que el objeto del pronóstico afecta la calidad de su propia prognosis[5].

¿Qué objetos de estudio son firmes candidatos para la categoría de los "Temas de prognosis con graves causas de error"? En abstracto se puede decir que todos aquellos en los cuales el contexto del proceso de comprensión está fuertemente determinado por intereses no científicos, es decir, por intenciones y planificaciones políticas y económicas o ideológicas. La elaboración científica de pronósticos tampoco encuentra su mejor terreno allí donde las emociones juegan un papel importante.

No es ningún secreto que el "terrorismo" como objeto de estudio pertenece a esta última categoría. Sin embargo queda aún por saber qué es concretamente lo que hace que su prognosis se muestre tan propensa a errores, cómo se deja reconocer la problemática en los casos particulares, si es posible hacer declaraciones más acertadas sobre las particularidades propias de las causas de error que son de esperar en este caso y, de ser posible, eventualmente obtener de ello algún antídoto. Aquí entonces algunas ideas para ello:

A) Pérdida de distancia

El terrorismo se diferencia de otros objetos de prognosis como por ejemplo del clima o de procesos económicos o demográficos –aún cuando todos ellos poseen elementos de catástrofe–, por la particular inmediatez, opacidad, dimensión y el marcado dramatismo de la amenaza que desde el 11 de septiembre de 2001 se asimila al fenómeno. De allí en adelante no solo los gobiernos de los Estados

[5] En definitiva se basa esta problemática en el doble carácter de la ciencia: Por una parte ciencia como sistema de ideas ("ciencia como sistema comprensivo") y por otra como sistema de personas de carne y hueso con necesidades, errores y debilidades ("ciencia como sistema social"); así como del hecho irrevocable –muy enojoso para el sistema comprensivo– de que ambos sistemas no existen independientemente uno del otro sino que, no obstante sus diferentes lógicas de funcionamiento, se encuentran estrechamente interrelacionados. De esto se sigue que el sistema comprensivo también puede ser formado y deformado por influencias externas a su propio ámbito. Un ejemplo de ello se presenta cuando los científicos en forma consciente o inconsciente dirigen su faro cognitivo (Karl Popper) de tal forma, que en la cuestión de selección e interpretación de datos pero también en la elaboración conceptual y en la decisión sobre modelos teóricos y enfoques explicativos privilegian aquellas variantes que ellos (y/o quienes los han contratado) encuentran más deseables (fuente de error "social desiderability" (deseabilidad social)). En casos extremos son imaginables los objetos de pronóstico científico y las condiciones básicas de la producción científica que (por ejemplo en un estado totalitario o durante estados de excepción o de campaña políticos) bajo la influencia de fuerzas de presión y tracción en dirección a resultados socialmente deseados (v.gr. formales según el modelo desarrollado por Elisabeth Noelle-Neumann del "espiral de silencio") mutan y adquieren otra calidad. En estos casos se requiere incluso coraje cívico (*Zivilcourage*) para la observancia y prosecución de los originales estándares científicos, que podrían ser percibidos –por una masa homogeneizada– como provocación.

Unidos y del así llamado mundo occidental, sino también entidades y alianzas como la OTAN, el Grupo de los 7, o en realidad de los 8, ANSEA, OEA y muchas otras resaltan que la principal amenaza a la seguridad y la libertad proviene de las redes del terrorismo internacional (*Al Qaeda*) así como de su cooperación real o potencial con *failed states* y/o *rogues states*. También en el discurso científico ha pasado a ser más valorada la amenaza del terrorismo que antes de aquella fecha[6].

La confrontación con amenazas de este tipo eleva tendencialmente la propensión a errores en el diagnóstico y el pronóstico, y ello a causa de un círculo vicioso que se alimenta de tal situación. En este sentido explica Norbert Elías que una alta exposición a los peligros propios de un determinado proceso aumenta la emocionalidad de las reacciones humanas y como consecuencia disminuye las posibilidades para un juicio realista. Al no ser realista el juicio inicial que sobre tal proceso se emite –juicio que por tanto queda fuera de control–, tampoco puede serlo la práctica que del mismo se sigue. Pensamiento y acción se ven así una y otra vez guiados por una alta emocionalidad que intensifica la percepción del peligro, disminuye la capacidad de respuesta y vuelve a intensificar por tanto la percepción del peligro estableciéndose de este modo el círculo vicioso[7].

B) Sobre-distanciamiento

Paradójicamente la exposición a una situación de amenaza conduce tanto a una pérdida de distancia como a un sobre-distanciamiento, que no es menos perjudicial que aquella para la objetividad del análisis y la calidad de la prognosis que con base en dicho análisis se elabore. El motivo reside en la calidad moral que le es atribuida al acontecimiento amenazante. Al fin y al cabo un ataque terrorista y el impacto de un meteorito se diferencian justamente en la desvalorización moral del primero como acto violento "particularmente aberrante". Esto acarrea sus efectos hasta la definición, cuanto menos en lo atinente a la connotación del concepto: "El término terrorismo representa un concepto desprestigiado"[8].

Es bien sabido que un comportamiento molesto, hostil e inmoral además de provocar una pérdida de distancia –lo cual es propio de todos aquellos casos en que existe afección emocional y que por tanto también en ocasión de catástrofes naturales aparece en las formas moralmente no valorativas de miedo, temor, pánico, etc. – provoca también un repudio afectivo adicional, que se manifiesta en el rechazo de todo tipo de empatía y de enfoques comprensivos, y que tiene así inmensa influencia en las formas del procedimiento científico. Influencia que se

---

[6] Cfr. Bruce HOFFMAN, *Terrorismus. Der unerklärte Krieg. Neue Gefahren politischer Gewalt,* Frankfurt: Fischer, 2001, pp. 248-285.

[7] Cfr. Norbert ELIAS, *Engagement und Distanzierung,* Frankfurt: Suhrkamp, 2003, p. 181.

[8] HOFFMANN, *supra* nota 6, p. 13.

extiende lógicamente a los resultados del procedimiento científico y a la base de toda prognosis que se realice en referencia a este objeto.

El tema "terrorismo" podría ubicarse en un sitio especial por estas particularidades. Pues mientras casi todos los nuevos enfoques teóricos en la sociología (de Anthony Giddens, Norbert Elias y Jürgen Habermas pasando por los así llamados neofuncionalistas como Jeffrey Alexander y Richard Münch hasta el estructuralismo cultural de Bourdieu y la teoría sistémica de Luhmann) otorgan un lugar prominente al sentido subjetivo que los actores dan a su conducta (la que según terminología weberiana solo mediante ese otorgamiento de sentido puede ser considerada acción), los enfoques explicativos y los pronósticos que tienen que ver con conductas "aberrantes" tienden más bien a evitar la intelección del sentido.

David Matza parte incluso de una contraposición de tipos ideales entre una perspectiva propia de la sociología comprensiva por una parte y la perspectiva correccional (preventiva) interesada directamente en fines político-pragmáticos. La investigación de formas de conductas molestas, hostiles o que provocan repugnancia colabora en la mayoría de los casos en forma claramente intencional a la contención o eliminación de los riesgos, molestias o amenazas propias de esos comportamientos. Dicha situación se contrapone, por ejemplo, a la investigación acerca de la vida y la obra de personalidades ejemplares del ámbito religioso, político, científico o artístico, donde se procura comprensión y simpatía. Dicho de otro modo, la perspectiva correccional no se interesa –como sí lo hace la perspectiva comprensiva– en la reconstrucción de definitores de situación y estructuras de sentido subjetivas en sus distintos matices, sino en recolectar en la forma más directa posible los hechos relevantes referidos a un fenómeno determinado para de ese modo contribuir a su represión, impedimento o erradicación –según el viejo lema de Auguste Comte: *"savoir pour prévoir, prévoir pour prévenir"* ("saber para prevenir, prevenir para prevenir"). Si la investigación del terrorismo desde siempre estuvo de acuerdo con el "propósito de contribuir a la desaparición del fenómeno mediante su explicación" (Lindhardt), entonces ello es solo expresión de un viejo ideal, que sin embargo se manifiesta hoy en forma más clara e intensa que nunca.

Matza escribe sobre la perspectiva correccional como fuente de error:

> "Una dificultad básica que ocasiona la perspectiva correccional es que interfiere sistemáticamente con la capacidad para simpatizar y comprender al sujeto investigado. […] Sin apreciación y simpatía, podemos recoger hechos superficiales relativos al fenómeno y criticar las actividades conectadas con él, pero nunca lograremos comprender en profundidad el significado que tiene para los sujetos involucrados en ellos, ni su lugar en el contexto social más amplio.

> […] El punto de vista correccional obstaculiza la penetración del fenómeno desviado porque viene motivado por el propósito de librarse de él."[9]

La tarea de comprender es a menudo asociada estrechamente con la comprensión y simpatía personales del observador hacia las acciones del observado. Por eso cuando los investigadores sociales superan profesionalmente la conciencia cotidiana y las representaciones corrientes relativas a los "marginados" y se esfuerzan por comprender según la perspectiva de esos mismos marginados –y de acuerdo a sus propias presiones y posibilidades, normas y valores– cómo se les plantea la realidad, dicho proceder es tomado a menudo –desde el punto de vista del resentimiento cotidiano y sus racionalizaciones– como deslealtad hacia la sociedad en general, y conduce a reproches tales como "romanticismo social", "ingenuidad", "idealismo" o "entusiasmo".

Por esa vía se está tomando indudablemente un camino equivocado. Pues quien pretende estimar en forma realista cómo podría comportarse una persona en el futuro, debería cuanto menos esforzarse por entender las decisiones que esta persona ha tomado en el pasado. Pues mismo el enfermo mental capta antes de su conducta una predeterminada –es indistinto aquí el cómo– "definición de la situación" que estructura sus preferencias y expectativas de una forma específica (racional o irracional) y en la cual se basa entonces la selección de la acción concreta. Sin embargo también se desprende de ello, que la misma situación objetiva puede ser vista y definida en forma muy distinta por diferentes actores. Con la consecuencia de que diferentes actores puede reaccionar totalmente distinto ante la misma situación. Descubrir por qué el individuo X devino terrorista mientra su hermano Y llevó una vida no violenta y apolítica (una pregunta que evidentemente puede ser de mucha importancia para el empirismo de prognosis) no va a ser posible si no se acepta el hecho conocido en la sociología como "Teorema de Thomas". Tal teorema afirma que en el momento de la acción solo son significativas las representaciones subjetivas del actor que se encuentran realmente actualizadas (si bien objetivamente quizás totalmente falsas), y que dicha acción tiene entonces también consecuencias reales, aún cuando la apreciación subjetiva no sea objetivamente acertada[10].

El rechazo de la exigencia moral que representa el objeto de investigación también para el investigador lleva por tanto a un sobre-distanciamiento y, como acompañamiento, al favorecimiento de la perspectiva preventiva. Las acciones de los actores no son reconstruidas según la comprensión de su sentido, sino más bien explicadas causalmente –partiendo de factores que en todo caso tienen algo

---

[9] David MATZA, *El proceso de desviación*. Traducido por Julio Carabaña. Madrid: Ediciones Taurus, 1981, pp. 26-27.

[10] Cfr. Hartmut ESSER, Die Definition der Situation, en: KZfSS, Año 48, Heft 1,1996, 1-34, aquí p. 3 ss.

en común: que no parecen exigir la investigación en detalle de las definiciones de situación de los actores.

El discurso empírico de prognosis del terrorismo se arriesga en estas condiciones, es decir, bajo la égide de la perspectiva preventiva, a la propia producción de desfiguraciones sistemáticas del análisis y con ello de la prognosis[11]. Este discurso puede transformar en eje y centro de su pensamiento pronóstico a un *homunculus terrens*, a quien él mismo ha primeramente creado a partir de una mezcla de aversiones político-morales y de cómodas decisiones teórico-metodológicas previas.

C) Contaminación

Las causas de error probablemente más riesgosas surgen de la "contaminación" que sufren los principios de funcionamiento y los rasgos de calidad del conocimiento científico objetivo por parte de los otros –así llamados– subsistemas sociales, en especial el de la política. El conflicto terrorista es un conflicto de reconocimiento, o sea que involucra profundamente las cuestiones de legitimación de la dominación política y provoca por tanto por parte del Estado no solo simples medidas de persecución penal sino también un esfuerzo "intelectual-moral" para adoctrinar a la población de acuerdo a los fines estatales de autolegitimación. A este discurso "de arriba" sobre el terrorismo pertenece el interés en la merma de simpatizantes y el acento en todo aquello que hace aparecer las ideologías o acciones de los terroristas como carentes de credibilidad, de atractivo y de seriedad. Son las reglas de la cultura de lucha política, tal como valen también –mutatis mutandi– para el conflicto entre gobierno y oposición.

Los intereses de la lucha política contra el adversario se encuentran en pugna con los objetivos y criterios del conocimiento científico. Si la investigación científica del terrorismo no es excluida sino que se la entremezcla por ejemplo en las "relaciones públicas de la cuestión terrorismo", entonces se puede pensar que ciertos fines e imágenes del discurso político al mismo tiempo se filtrarán en el discurso científico y lo influirán en forma conceptual, concepcional, teórica y, naturalmente, también en sus resultados. O dicho de otra forma: lo contaminarán político-ideológicamente y quedará moldeado de acuerdo al discurso legitimante de quienes se saben destinatarios de acciones terroristas.

---

[11] Cfr. SCHEERER, *supra* nota 3, p. 74 ss.

También esto es una causa de error obvia en el caso del terrorismo, ya que los límites entre política y ciencia se encuentran aquí expuestos a una dura prueba de resistencia[12].

El proceso a través del cual se alcanza el conocimiento científico necesita de una cierta distancia respecto de las emociones que bloquean la capacidad reflexiva así como de los intereses simplificadores y distorsionantes.

De lo contrario estaría otra vez desprotegido en manos del poder de los sentimientos colectivos, que se entrometen en cada forma de la vida social y de los cuales la autonomía científica había logrado con esfuerzo y durante siglos una relativa independencia. El negocio científico se haría entonces emocionalmente más satisfactorio y más útil como agente legitimador, pero infructuoso *in puncto* conocimiento. Es cierto que en cada sociedad vale –según Karl-Otto Hondrich[13] el principio de preferencia. Se es permanentemente valorado y moralizado y por regla es lo propio preferido como confiable, mientras que lo otro, lo extraño es por el contrario examinado con recelo y, en principio, despreciado. Los correctivos modernos a este principio de preferencia, por ejemplo el precepto de tolerancia y la prohibición de discriminación plasmados en la Constitución, pero también en la ciencia la idea reguladora de que se debe actuar libre de juicios de valor, son manifestaciones excepcionales y por ello su existencia es siempre precaria, sujeta a modificaciones. Mientras más fuerte es la presión sobre los límites entre ciencia, moral y política, más fuertemente va a influenciar e impedir la moralidad del objeto la "selección de la explicación" del tema a ser explicado, como sucedía por ejemplo en tiempos anteriores a la Ilustración. La suspensión sectorial –y tan extremadamente útil para el dominio de la naturaleza por el hombre– del principio de preferencia en favor de los fines de un conocimiento más distanciado y ceñido a la realidad –sin el estorbo provocado por afectos e intereses– se encuentra todavía muy distante de la investigación, prognosis y control de las *man-made social catastrophies*.

C) Un método distinto

Las trampas y causas de error en la investigación empírica son numerosas y riesgosas. Quizás tantas y tan riesgosas, quizás borbotean las fuentes de error en forma tan inevitablemente intensa, que la diferencia entre formas y métodos de prognosis empíricos y no empíricos se nivelan. Quizás incluso en una comparación directa el pronóstico empírico sale perdiendo. Eso sería digno de investigacón. Si

[12] Christian SCHWÄGERL, Forschung in Zeiten des Terrors, en el periódico *Frankfurter Allgemeine Zeitung,* 3 de marzo de 2005, p. 12.

[13] Jörg LAU, Die Macht der kollektiven Gefühle, en el semanario *Die Zeit,* nro 3 de 2004 http://zeus.zeit.de./text/2004/03/P-Hondrich (visitado 10.09.2004).

bien la idea que sigue no está pensada como propuesta de alternativa, vale sin embargo como argumento contra una limitación a priori de las vías acostumbradas del pensamiento pronóstico.

La pregunta es si no se pueden obtener resultados útiles pasando por alto el empirismo del *paper-and-pencil*, v.gr. a través de la pura reflexión. Así como lo hizo por ejemplo el filósofo de Princeton Richard Gott, quien logró mediante este método una prognosis bastante acertada relativa a la durabilidad de las construcciones humanas. Su hipótesis (emparentada con el "principle of mediocrity" de Brandon Carters) decía:

> *"If we come upon some object or phenomenon, we are unlikely to be doing so very near the beginning of its life, nor very near its end. So it is a fair presumption that something that is already ancient will last for a long time in the future, and something that is of recent origin shouldn't be expected to be so durable"*[14].

Al fin y al cabo él había estado en un viaje emprendido en el año 1970 tanto en el muro de Berlín (que en aquella época tenía 12 años) como en las pirámides (de más de 4000). Su hipótesis condujo a la (acertada) predicción, de que era altamente probable que las pirámides sobrevivieran aún el siglo XXI, mientras que una desaparición del muro de Berlín en un futuro cercano no sería ninguna sorpresa[15].

En el supuesto que se aplicara este método a nuestro tema de estudio: ¿cuánto tiempo más le concedería Gott al terrorismo?

---

[14] Sir Martin REES*:* Our Final Hour. A Scientist's Warning: How terror, error, and environmental disaster threaten humankind's future in this century – on earth and beyond*, New York: Basic Books,* 2003, p. 138.

[15] Gott pudo asimismo aplicar con éxito su método de prognosis a las representaciones de Broadway. Luego de haber confeccionado una lista con todas las obras de teatro y musicales que se ofrecían en un día determinado (27 de mayo de 1993) y de haber averiguado cuánto tiempo llevaban ya en cartelera, dio un pronóstico acerca de qué obras de teatro y musicales serían las que permanecerían por más tiempo en cartel – y tuvo razón.

XVI. La co-autoría mediata: ¿Desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana en el derecho penal internacional?*

Gerhard Werle y Boris Burghardt

La teoría de la autoría y participación representa un componente nuclear de la dogmática jurídico penal alemana. En la actualidad, en sus primeras decisiones sobre la materia, la Corte Penal Internacional ha recepcionado y hecho suya esta parte de la dogmática jurídico penal alemana en una medida asombrosa.

Especial interés tiene en este caso la autoría mediata a través del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder. Ello no tiene nada de sorprendente, pues esa figura sirve específicamente para una adecuada aprehensión jurídico penal de los crímenes sistemáticos cometidos a gran escala, es decir justamente aquella forma de criminalidad que también constituye el objeto del derecho penal internacional. No por casualidad la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder fue desarrollada por su padre intelectual, *Roxin*, al ocuparse del proceso de *Eichmann*[1], y la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), como se sabe, reconoció esa figura jurídica por primera vez en el marco de la persecución jurídico penal de los responsables del criminal

---

* Título original: "Die mittelbare Mittäterschaft – Fortentwicklung deutscher Strafrechtsdogmatik im Völkerstrafrecht?", publicado en Bloy et al., *Festschrift für Manfred Maiwald* (2010), p. 849 y ss. Traducción del alemán de Jaime Couso, Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad Diego Portales (Chile).

[1] Véase ROXIN, Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate, en: *GA* 1963, pág. 193 y ss. El propio Roxin enfatiza que sus reflexiones tienen por fin la "adecuada aprehensión" de esta forma de criminalidad (loc. cit., pág. 193).

régimen de fronteras de la República Democrática Alemana, es decir, también en el contexto de la macrocriminalidad conducida desde el Estado[2].

La Corte Penal Internacional, con todo, no se ha quedado en una mera recepción de las ideas ya conocidas entre los penalistas alemanes. Antes bien, las decisiones dictadas hasta ahora recorren nuevos caminos y combinan, bajo la denominación de "*indirect co-perpetration*", los principios de la autoría mediata y de la co-autoría. Este artículo investiga si acaso ello representa un encomiable desarrollo de la dogmática jurídico penal alemana o una senda equivocada.

1. Autoría y participación en el Estatuto de la Corte Penal Internacional

A) El Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de la CPI) contiene por primera vez en la historia del derecho penal internacional una regulación comprehensiva sobre la Parte General o, como el propio Estatuto la denomina, sobre los "Principios Generales de Derecho Penal" (G*eneral Principles of Criminal Law*). Las reglas sobre la intervención punible se encuentran especialmente en el Art. 25.3, letras a) a la d), del Estatuto de la CPI[3]. El precepto sistematiza las formas de intervención reconocidas por el Derecho internacional consuetudinario y las complementa cuidadosamente.

Así, se distinguen la comisión por sí sólo (*comisión as an individual*, Art. 25.3 a), primera alternativa, del Estatuto de la CPI), la comisión con otro (*commision jointly with another*, Art. 25.3 a), segunda alternativa, del Estatuto de la CPI), la comisión por conducto de otro (*commision through another*, Art. 25.3 a), tercera alternativa, del Estatuto de la CPI), la orden de cometer un delito (*ordering*, Art. 25.3 b), primera alternativa, del Estatuto de la CPI), la proposición de cometerlo (*soliciting*, Art. 25.3 b), segunda alternativa, del Estatuto de la CPI), la inducción a cometerlo (*inducing*, Art. 25.3 b), tercera alternativa, del Estatuto de la CPI), la colaboración (*assistance*, Art. 25 Abs. 3 c) del Estatuto de la CPI) y las otros modos de contribución en la comisión del crimen por un grupo (*contribution to a group crime*, Art. 25.3 d) del Estatuto de la CPI).

B) El Art. 25.3, letras a) a la d), del Estatuto de la CPI debe entenderse como un modelo de intervención diferenciado según grados de responsabilidad (*ein nach*

[2] Cfr. BGHSt 40, 218, 232 y ss. También en conexión con ello BGHSt 42, 65, 68 y ss.; 45, 270, 296 y ss.

[3] El Art. 25.3, letras e) y f) del Estatuto de la CPI, en cambio, no regula formas de intervención, sino etapas previas de la ejecución delictiva, punibles de forma autónoma, como la incitación a cometer genocidio y la tentativa, cfr. sobre ello WERLE, *Völkerstrafrecht*, 2ª edición (2007), número marginal 586, 724 y ss.

Verantwortungsgraden differenzierendes Beteiligungsmodell)[4]. A favor de ello pueden invocarse, en esencia, tres razones.

a) La primera razón es sistemática y, por ello, de naturaleza inmanente al Estatuto: si la regulación no se interpreta en el sentido de un sistema de intervención diferenciado, entonces el resumen y la ordenación de las formas de intervención en cuatro categorías, que es característica del Art. 25,3, letras a) a la d), del Estatuto de la CPI, y que va más allá de la mera distinción conceptual, quedaría desprovista de todo significado[5]. Más aun: la diferenciación y delimitación de las denominadas formas de participación no es posible sin recurrir a criterios valorativos que cuantifiquen la responsabilidad[6].

b) La segunda razón va más allá del Estatuto de la CPI e involucra una consideración global del estado de desarrollo alcanzado por el derecho penal internacional. Sucede que la jurisprudencia penal internacional, como es posible apreciarlo, en un principio ciertamente partió de una concepción unitaria de autor, para la cual la distinción entre diferentes formas de participación tenía a lo sumo un significado descriptivo[7]. Entre tanto, sin embargo, especialmente los tribunales penales *ad hoc* para la ex Yugoslavia y para Ruanda, han comenzado a valorizar las formas de intervención como un indicio del grado de responsabilidad jurídico penal y toman esto debidamente en cuenta en la medición de la pena[8]. Es cierto que el Estatuto de la CPI representa en principio un sistema regulatorio independiente. Por ello, la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* de ningún

---

[4] En la literatura no hay acuerdo sobre la forma de clasificar la regulación: reconocen una remisión al modelo de la diferenciación AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts* (2002), pág. 543 y ss., así como también VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate*, pág. 181. Por el contrario, arriban a una interpretación en el sentido de un sistema unitario de autor HAMDORF, *Beteiligungsmodelle im Strafrecht* (2002), pág. 396; KREß, Die Kristallisation eines Allgemeinen Teils des Völkerstrafrechts, Humanitäres Völkerrecht – en: *Informationsschriften* 1999, 4, pág. 9; MANTOVANI, The General Principles of International Criminal Law: The Viewpoint of a National Criminal Lawyer, en: *Journal of International Criminal Justice* 1 (2003) 26, pág. 35; MILITELLO, The Personal Nature of Individual Criminal Responsibility and the ICC Statute, en: *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 941, pág. 946 y s.

[5] Cfr. sobre ello, en detalle, WERLE, Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute, en: *Journal of International Criminal Justice* 5 (2007), 953, pág. 956 y s.

[6] Véase al respecto BURGHARDT, Modes of Participation and their Role in a General Concept of Crimes, en: Triffterer/Vogel/Burchard (editores), *The Review Conference and the Future of the ICC* (2009), 81, pág. 91 y s.

[7] Cfr. WERLE, *supra* nota 3, número marginal 404 y ss.

[8] Cfr., por ejemplo, TPIY, sentencia de 25 de febrero de 2004 (Vasiljević, AC), parág. 182; TPIY, sentencia de 19 de abril de 2004 (Krstić, AC), parág. 268; TPIR, sentencia de 20 de mayo de 2005 (Semanza, AC), parág. 355 y ss., 364; TPIR, sentencia de 19 de septiembre de 2005, (Kamuhanda, AC), parág. 77. En profundidad, sobre la jurisprudencia, véase BURGHARDT, *Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem* (2008), pág. 360 y ss.

modo puede ser simplemente transferida al Estatuto de la CPI[9]. Sin embargo, por razones de política jurídica internacional, debe preferirse una interpretación armónica del Estatuto de la CPI ahí donde su regulación lo permita[10].

c) La tercera y más importante razón a favor de la asunción de un modelo de intervención de diversos escalones resulta de ciertas consideraciones de principio sobre la función de la teoría de la intervención delictiva en el derecho penal internacional. Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el derecho penal internacional solo conoce cuatro tipos penales: genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y el crimen de agresión. Cada uno de esos crímenes contiene un reproche de injusto especialmente grave. Al mismo tiempo, los crímenes de derecho internacional típicamente constituyen delitos en cuya comisión está involucrado un gran número de personas. La intervención en el suceso delictivo puede presentarse, por ello, en niveles y con intensidades muy diferentes. De estas dos características básicas del derecho penal internacional resulta que no solo es necesaria la determinación de límites externos a la responsabilidad jurídico penal. También existe una gran necesidad de una diferenciación interna. En el derecho penal internacional no solo la pregunta acerca del *si*, sino también la pregunta acerca *de la medida* de la responsabilidad jurídico penal, requiere, de modo especialmente apremiante, de una respuesta. Y es que ella es, para la medición de la pena en el derecho penal internacional, tan decisiva como el tipo delictivo imputado. Bajo estas condiciones, es del todo razonable que la teoría de la intervención delictiva se use como un instrumento con el cual la valorización del grado de responsabilidad pueda ser estructurada, racionalizada y configurada de un modo calculable[11].

C) Estas consideraciones se han visto confirmadas a través de las primeras decisiones adoptadas en la materia por la Corte Penal Internacional. Así, la Sala de Asuntos Preliminares ha explicado, en el proceso seguido contra el líder de las milicias congolesas *Thomas Lubanga Dyilo*, que lo característico de todas las formas de autoría sería el control sobre la comisión delictiva ("*le contrôle de la commission de l'infraction*")[12]. Esta jurisprudencia ha sido seguida por sucesivas decisiones[13]. Es

---

[9] Véase al respecto JESSE, *Der Verbrechensbegriff des Römischen Statuts* (2009), pág. 95 y ss.; NERLICH, The status of ICTY and ICTR precedent in proceedings before the ICC, en: Stahn/Sluiter (editores), *The Emerging Practice of the International Criminal Court* (2009), pág. 305 y ss.

[10] Cfr. BURGHARDT/GENEUSS, Der Präsident und sein Gericht, Die Entscheidung des Internationalen Strafgerichtshofs über den Erlass eines Haftbefehls gegen Al Bashir, en: *ZIS* 2009, 126, pág. 132 y s.; WERLE, *supra* nota 3, número marginal 173.

[11] Cfr. BURGHARDT, *supra* nota 6, pág. 86 y ss.; WERLE, *supra* nota 3, número marginal 411; de modo similar KREß, Claus Roxins Lehre von der Organisationsherrschaft und das Völkerstrafrecht, en: *GA* 2006, 304, pág. 308.

[12] CPI, decisión de 29 de enero de 2007 (Lubanga Dyilo, PTC), parág. 326 y ss.

fácil reconocer que este criterio se corresponde, en el contenido y en su función, con el concepto de dominio del hecho. Pero junto a ello se debe constatar, al mismo tiempo, que a lo menos la delimitación entre la autoría y las demás formas de intervención delictiva debe ser entendida en el sentido de un escalonamiento valorativo de la responsabilidad por el hecho punible. Pues en aplicación del principio de culpabilidad, que también tiene validez en el derecho penal internacional, una persona que podía ejercer control sobre la ejecución del hecho siempre cargará con una mayor responsabilidad por el hecho que una persona que no contaba con tal control. Sin embargo, si la diferenciación entre la autoría y las demás formas de intervención delictiva se entiende en el sentido de un escalonamiento de grados de responsabilidad, entonces solo es consecuente hacer lo propio en relación con la diferenciación de las restantes categorías de intervención delictiva entre sí, y calificar al Art. 25.3, letras a) a la d), del Estatuto de la CPI, globalmente, como un sistema de intervención delictiva escalonado.

D) En conclusión, el Art. 25.3, letras a) a la d), del Estatuto de la CPI debe leerse como un sistema de intervención delictiva diferenciado, de cuatro niveles, lo que debe ser consecuentemente tenido en cuenta en la medición de la pena. En el nivel más alto se encuentra la comisión en calidad de autor, en sus tres modalidades, como la forma más grave de intervención en el injusto. En el segundo nivel se sitúa la determinación a cometer un delito, en sus diversas manifestaciones (ordenar, inducir, proponer). En el tercer nivel se encuentra la colaboración y, finalmente, en el cuarto nivel, como la forma más leve de intervención, la contribución en la comisión del crimen por un grupo.

2. La autoría mediata en el derecho penal internacional

La primera regulación de la autoría mediata en el derecho penal internacional es la que ha establecido el Art. 25.3 a), tercera alternativa, del Estatuto de la CPI. Hasta entonces, esta figura jurídica no había desempeñado papel alguno en la praxis del derecho penal internacional[14]. Por cierto que también antes de la entrada en vigencia del Estatuto de la CPI el comportamiento de la persona de atrás (*Hintermann*) en ningún caso quedaba impune. Los casos que pueden ser clasificados como autoría mediata, en el pasado fueron tratados más bien como

[13] Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 480 y ss.; CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 210; CPI, decisión de 15 de junio de 2009 (Bemba Gombo, PTC), parág. 347 y s.

[14] Cfr. JESSBERGER/GENEUSS, On the Application of a Theory of Indirect Perpetration in Al Bashir, German Doctrine at The Hague?, en: *Journal of International Criminal Justice* 6 (2008), 853, pág. 855 y ss.; KREß, *supra* nota 11, pág. 306. No resulta convincente cuando las declaraciones del Juicio de Nuremberg seguido contra los juristas (U.S. v. *Altstötter* et al., sentencia de 4 de diciembre de 1947, disponible en: <http://werle.rewi.hu-berlin.de/index.php?expanded=aktuell&id=archiv&lang=de>) son reconducidas a la idea de autoría mediata (en ese sentido, sin embargo, AMBOS, *supra* nota 4, § 7 número marginal 25.

planificación, orden, inducción o –después de la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia– como intervención en una empresa criminal conjunta (*participation in a joint criminal enterprise*)[15]. La importancia de la regulación no radica entonces en haber criminalizado comportamientos que hasta ese momento no lo estaban, sino en la aprehensión dogmática precisa de la respectiva constelación de casos. Desde un punto de vista fenomenológico, la autoría mediata ofrece una explicación clara respecto del hecho de que la persona de atrás tiene el poder de hacer intervenir al ejecutor "como un instrumento". Desde el punto de vista normativo, la figura jurídica deja en claro que al autor mediato le cabe un grado de responsabilidad especialmente grande por el hecho delictivo cometido.

Además, debe ponerse de relieve que la autoría mediata, de conformidad con el Art. 25.3 a) del Estatuto de la CPI –expresamente–, también viene al caso cuando el sujeto "instrumento" es penalmente responsable. En contra de la aplicación de la autoría mediata en este caso, se han elevado objeciones, por ejemplo, en la doctrina penal alemana[16], apelando al principio de responsabilidad (*Eigenverantwortlichkeitsprinzip*). Ahora bien, en lo que atañe a la aplicación del Estatuto de la CPI tales objeciones quedan excluidas, al menos, desde el punto de vista del derecho positivo. Si el Estatuto de la CPI también reconoce la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, es algo que en un comienzo parecía dudoso[17]. La Corte Penal Internacional, en sus primeras decisiones sobre la autoría mediata, ha respondido a esa cuestión de manera afirmativa[18]. Como fundamento, la Corte ha aludido, por una parte, al hecho de que la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder sin lugar a dudas es consistente con la exigencia de un control sobre la comisión del hecho, y de esa manera satisface los presupuestos de la autoría[19].

Por otra parte, esta figura jurídica supuestamente representaría una constelación de casos de autoría mediata usual, y reconocida en un gran número de sistemas jurídicos[20]. Sin embargo, esta última tesis es dudosa. Hasta ahora no hay constancia

---

[15] Sumariamente, sobre estas formas de intervención delictiva, véase WERLE, *supra* nota 3, número marginal 415 y ss. Del gran número de trabajos sobre la doctrina de la *joint criminal Enterprise* del TPIY cfr. sólo BARTHE, *Joint Criminal Enterprise (JCE)* (2009); HAAN, *Joint Criminal Enterprise, Die Entwicklung einer mittäterschaftlichen Zurechnungsfigur im Völkerstrafrecht* (2008); SATZGER, Die Ausweitung der (Mit-)Täterschaft – Besorgnis erregende Entwicklungen (nur) im Völkerstrafrecht?, en: Hassemer et al (editores), *Festschrift Volk*, pág. 649 y ss.

[16] Sumariamente al respecto véase SCHÜNEMANN, en: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 12ª edición (2007), § 25 número marginal 62 y ss.

[17] Sumariamente, sobre el cuadro de opiniones existentes, KREß, *supra* nota 11, pág. 307. Escéptico, por ejemplo, VEST, *Genozid durch organisatorische Machtapparate* (2002), pág. 185.

[18] Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 498.

[19] Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 501.

[20] Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 502 y ss.

de una praxis judicial generalizada al respecto[21]. En materia de praxis jurisprudenciales pertinentes, la Sala de Cuestiones Preliminares, fuera de la conocida jurisprudencia del BGH, apenas se refiere a algunas decisiones provenientes de América Latina, entre ellas la decisión de un tribunal argentino en contra de los miembros de la Junta Militar, que precisamente en ese punto fue objetada por la Corte Suprema[22]. La Sala de Cuestiones Preliminares también sigue en deuda en cuanto a una demostración convincente acerca del reconocimiento de la autoría mediata en el plano internacional. En lugar de ello argumenta que el rechazo de la figura jurídica por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia no es vinculante para la Corte Penal Internacional[23]. En esencia, los argumentos aportados por la Sala de Cuestiones Preliminares se limitan a una ilustre colección de trabajos de la ciencia jurídico penal de habla alemana y española. En orden alfabético, se nombra a *Ambos*, *Bacigalupo*, *Bloy*, *Ferrante*, *Herzberg*, *Hirsch*, *Küpper*, *Radtke*, naturalmente *Roxin*, *Sancinetti* y *Schlösser*; junto a ellos se hace referencia a una serie de tratados alemanes de la parte general del derecho penal, a saber, a *Kühl*, *Maurach/Gössel/Zipf*, *Stratenwerth/Kuhlen* y *Wessels/Beulke*, así como a comentarios estándar sobre el derecho penal alemán, como *Lackner/Kühl*, *Leipziger Kommentar*, *Schönke/Schröder* y *Tröndle/Fischer*[24]. Estas amplias referencias son de seguro halagüeñas para la ciencia jurídico penal alemana,

---

[21] Cfr., en ese sentido, solo KREß*, supra* nota 11, pág. 306; SCHÜNEMANN*, supra* nota 16, § 25 número marginal 60.

[22] Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 502, haciendo referencia a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital, sentencia de 9 de diciembre de 1985, capítulo 7/3. La decisión de casación es Corte Suprema, sentencia de 30 de diciembre de 1986, publicada en: Fallos Corte Suprema de Justicia 309, pág. 1689 y ss. Véase también respecto de este proceso AMBOS*, supra* nota 4, pág. 233 y ss. Cfr., sin embargo, la reciente sentencia de la Sala Especial de la Corte Suprema del Perú contra el ex presidente Fujimori, Corte Suprema, sentencia de 7 de abril de 2009, parág. 718 y ss. (disponible en: http://www.pj.gob.pe/CorteSuprema/spe/index.asp?opcion=detalle_noticia&codigo=10409), donde la autoría mediata a través de aparatos organizados de poder se analiza en detalle y alcanza reconocimiento.

[23] Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 507 y ss. La Sala de Cuestiones Preliminares hace referencia, en esta materia, a la revocación de la decisión adoptada en primera instancia por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el proceso contra *Stakić* (TPIY, sentencia de 31 de julio de 2003 (Stakić, TC)), decidida justamente por esa razón por la Cámara de Apelaciones (TPIY, sentencia de 22 de marzo de 2006 (Stakić, AC), parág. 58 y ss.). Con todo, ya resulta dudoso si acaso la decisión de primera instancia puede valer como evidencia a favor de una utilización de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, cfr. al respecto JESSBERGER/GENEUSS*, supra* nota 14, pág. 856. Lo mismo vale para la decisión de la Corte Penal Internacional en el caso contra *Bemba Gombo* (CPI, decisión de 10 de junio de 2008 (Bemba Gombo, PTC)), citada por la Sala de Cuestiones Preliminares.

[24] Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), nota 678, nota 683. La Sala de Cuestiones Preliminares, en cambio, no se ha ocupado de las objeciones que parte de la doctrina jurídico penal alemana eleva en contra de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder. Cfr. al respecto, sumariamente, ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8ª edición (2006), pág. 704 y ss.

pero son tan insuficientes para la determinación del derecho aplicable en el marco del Estatuto de la CPI como para fundamentar la tesis de que en la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder se trata *quasi* de un principio general del derecho. Habría sido bueno, entonces, que la Sala de Cuestiones Preliminares hubiese buscado apoyo, para recurrir a la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, exclusivamente en una interpretación sistemática y teleológica del Estatuto, en lugar de en un dudoso ejercicio iuscomparativista.Sobre los presupuestos concretos de la autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder, en la decisión del 30 de septiembre de 2008 se encuentran las siguientes constataciones: sería algo común a todos los casos de autoría mediata el que la persona de atrás ejerce el necesario control sobre la comisión del hecho mediante un control sobre la voluntad de la persona que lo ejecuta directamente. Ese control también puede consistir en el dominio organizativo de un aparato de poder. Se puede hablar de un "aparato de poder" cuando una organización está estructurada en diversos niveles de jerarquía y según el principio de mando y obediencia. Además se requiere una cierta envergadura del aparato, que ofrece la garantía de que la orden de un superior, si no es ejecutada por un subordinado, lo será entonces por otro[25]. Entonces, solo hay un aparato de poder, en el sentido de estos requerimientos, si al interior de la organización jerárquica existen estructuras de mando por principio efectivas. Solo entonces se puede partir de que el individuo que recibe la orden funciona como "engranaje de una gran máquina", y que la comisión del delito por medio de una orden resulta entonces en cierto modo "automática". Y es que recién bajo estos presupuestos el individuo que recibe la orden sería intercambiable del modo requerido y podría ser sustituido en cualquier momento por otro, sin que la comisión del delito se viese perjudicada[26]. Desde una perspectiva subjetiva sería necesario que se cumplan directamente en la persona del "hombre de atrás" todos los presupuestos del aspecto interno del crimen[27] y que éste tenga conocimiento de las circunstancias que fundamentan su control sobre el instrumento[28].

Especial acento se pone en el requisito de la fungibilidad del ejecutor[29]. En cambio, ninguna consideración recibe el criterio –propuesto por *Roxin*– del apartamiento del derecho, por parte del aparato de poder[30], que por lo demás tampoco es tenido en cuenta por la jurisprudencia del BGH[31] y es rechazado incluso por algunos

---

[25] CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 512 y ss.

[26] CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 515 y ss.

[27] CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 527 y ss.

[28] CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 512 y s.

[29] Véase al respecto ROXIN*, supra* nota 24, pág. 245.

[30] Cfr. ROXIN*, supra* nota 1, pág. 204 y ss.; ROXIN*, supra* nota 24, pág. 249 y ss.

[31] Sumariamente, sobre las diferencias entre la teoría de *Roxin* y la solución del Tribunal Supremo Federal alemán, ROGALL, Bewältigung von Systemkriminalität, en: Roxin/Widmaier (editores), *50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, IV, Strafrecht, Strafprozessrecht* (2000), 383, pág. 423 y

partidarios de la teoría del dominio por organización[32]. También falta toda mención de parte de la Corte Penal Internacional a la exigencia del BGH, adhiriendo al planteamiento de *Schroeder*[33], de un "aprovechamiento de la incondicional disposición al hecho" del ejecutor[34]. Por último, también quedan sin consideración nuevos criterios, que interpretan el dominio de una organización de forma más decididamente sistémica y que, en lugar de la fungibilidad, ponen el acento en un déficit de autonomía estructural de la persona de adelante (*Vordermann*) en vista de la presión organizativa interna para que actúe[35].

3. "Indirect co-perpetration"

Mientras las reflexiones bosquejadas hasta ahora se mueven en un marco que al penalista alemán le resulta familiar, en su decisión de 30 de septiembre de 2008 la Corte ya se ha adentrado en un territorio nuevo para la dogmática. La Sala de Cuestiones Preliminares fue de la opinión de que, junto a las tres formas de autoría mencionadas expresamente en el Art. 25.3 a) del Estatuto de la CPI, también sería imaginable una cuarta forma. La Sala de Cuestiones Preliminares habla aquí de una *indirect co-perpetration*[36], cuya característica distintiva sería la combinación de elementos de la autoría mediata y de la co-autoría. El elemento de co-autoría consistiría en que dos o más personas acuerden conjuntamente la comisión de un crimen de derecho internacional. Pero el suceso también presentaría, al mismo tiempo, rasgos propios de la autoría mediata, en la medida que a lo menos uno de los co-autores dispone que la ejecución de su contribución al logro del plan se produzca a través de uno o más instrumentos. Estas contribuciones al hecho realizadas de forma mediata serían imputables a los demás co-autores en razón de su plan común, en la medida que los demás presupuestos de la co-autoría también estén presentes[37]. La Sala de Cuestiones Preliminares confirmó estas

---

ss.; ROTSCH, Die Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter bei der Begehung von Straftaten im Rahmen organisatorischer Machtapparate und ihre Übertragbarkeit auf wirtschaftliche Organisationsstrukturen, en: *NStZ* 1998, 491, pág. 492.

[32] En contra, por ejemplo, AMBOS, Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate, en: *GA* 1998, 226, pág. 241 y ss.; HERZBERG, Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in formalen Organisationen, en: Amelung (editor), *Strafrechtliche Beteiligungsverhältnisse in bürokratischen Organisationen* (2000), 33, pág. 35 y ss.

[33] Cfr. SCHROEDER, *Der Täter hinter dem Täter* (1965), pág. 143 y ss.; SCHROEDER, Der Sprung des Täters hinter dem Täter aus der Theorie in die Praxis, en: *JR* 1995, 177, pág. 178.

[34] Cfr. BGHSt 40, 218, 236. Escéptico al punto del rechazo, por ejemplo, AMBOS, *supra* nota 32, pág. 229; BLOY, *Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht* (1985), pág. 362 y ss.; ROGALL, *supra* nota 31, pág. 425 y ss.; ROTSCH, *supra* nota 31, pág. 492 y s.

[35] Cfr., por ejemplo, SCHLÖSSER, *Soziale Tatherrschaft* (2004); SCHLÖSSER, *Mittelbare individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht* (2004); URBAN, *Mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft* (2004).

[36] CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 490 y ss.

[37] CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 492 y s.

consideraciones en la decisión a través de la cual emitió una orden de arresto en contra del presidente en ejercicio de Sudán, *Omar Al Bashir*[38].

Para una mejor comprensión de estas afirmaciones, a continuación se presentan los antecedentes de hecho sobre los cuales ellas han sido formuladas:

(1) Según la acusación, en el proceso en contra de *Katanga* y *Ngudjolo Chui*, ambos acusados contaban, en su calidad de comandantes, con dominio por organización sobre diversas milicias en operación en la región de Ituri (República Democrática del Congo). El acusado *Germain Katanga* habría ejercido el mando sobre la *Force de Résistance Patriotique en Ituri* (FRPI), dominada por la etnia de los Ngiti, mientras que *Mathieu Ngudjolo Chui* habría sido líder del *Front des Nationalistes et Intégrationnistes* (FNI), un grupo miliciano atribuido a la etnia de los Lendu[39]. Las estructuras de mando de estas dos milicias habrían estado estrictamente separadas, también debido a las diferencias basadas en causas étnicas. En febrero de 2003 la FRPI y el FNI habrían ejecutado conjuntamente un ataque al pueblo de Bogoro y perpetrado en ese contexto numerosos crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, incluyendo, entre otros, homicidios dolosos, violaciones y sometimiento a esclavitud sexual, así como saqueos. Además, en el ataque se habría reclutado a niños soldados[40]. El ataque se habría producido sobre la base de un plan común de *Katanga* y *Ngudjolo Chui*, con la finalidad de aniquilar el pueblo de Bogoro.

La Sala de Cuestiones Preliminares I defendió la opinión de que si en el juicio se llegasen a probar como ciertas las hipótesis fácticas alegadas por la acusación, entonces a cada uno de los acusados se podría imputar no solo los hechos de sus propios subordinados, sino también, por *indirect co-perpetration*, los crímenes cometidos respectivamente por los subordinados del otro acusado[41]. Una valoración provisoria del material probatorio arrojaría que tanto *Katanga* como *Ngudjolo Chui* habrían contado con el poder de dominar a sus subordinados como instrumentos, a través de un dominio por organización. En efecto, ambos acusados durante todo el ataque habrían contado, de acuerdo con la estructura de mando de las milicias y las circunstancias de hecho, con poder de mando efectivo sobre sus subordinados[42], y habrían actuado en base a un plan común[43]. Cada uno podría

[38] CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 212 y s.

[39] CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 6, 9.

[40] Véase, sobre los puntos de la acusación en particular, CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 20-32.

[41] De conformidad con el Art. 61.7 del Estatuto de la CPI, la Sala de Cuestiones Preliminares debe examinar si existen pruebas suficientes de que hay motivos fundados para creer que el imputado cometió cada crimen que se le imputa. Véase al respecto CPI, decisión de 29 de enero de 2007 (Lubanga Dyilo, PTC), parág. 37 y ss.

[42] Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 540 y ss.

[43] Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 548 y ss.

haber hecho fracasar el plan a través de la omisión de la orden de atacar. De ahí que ambos acusados habrían ejercido un control conjunto sobre todo el suceso del ataque[44]. Finalmente, la Sala de Cuestiones Preliminares afirmó la existencia de motivos fundados para creer que se daba el elemento de intencionalidad en *Katanga* y en *Chui*[45].

(2) El objeto del proceso contra *Al Bashir* lo conforman los crímenes de la región de Darfur, que habrían sido perpetrados desde julio de 2003 a través del ejército sudanés, las fuerzas especiales de la policía y las milicias Janjaweed en contra de la población civil, especialmente la perteneciente a las etnias Fur, Masalit y Zaghawa. La Sala de Cuestiones Preliminares I fue de la opinión de que existía motivo razonable para creer[46] que *Al Bashir* sería responsable por esos crímenes como "*indirect co-perpetrator*". De acuerdo con una valoración provisoria del material probatorio presentado, él, en su calidad de Presidente, y en conjunto con otros miembros del gobierno sudanés, habría acordado un plan para reprimir y desbaratar a los grupos rebeldes sediciosos, que también habría incluido la destrucción sistemática de los asentamientos de las etnias insurrectas y su desplazamiento forzado. Los crímenes de Darfur habrían sido cometidos por las fuerzas armadas del gobierno sudanés en ejecución de este plan. El gobierno sudanés, a través de diversos organismos, especialmente el Consejo de Seguridad Nacional, y utilizando las respectivas cadenas de mando, habría ejercido control sobre las fuerzas armadas y sobre las milicias. Finalmente, existiría motivo razonable para creer que *Al Bashir*, en su calidad de Presidente y de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas habría jugado un rol fundamental en la elaboración e implementación del plan común[47]. De ahí que viene al caso también, como alternativa, una autoría mediata individual[48].

---

[44] Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 555 y ss.

[45] Cfr. CPI, decisión de 30 de septiembre de 2008 (Katanga y Ngudjolo Chui, PTC), parág. 562 y ss.

[46] El estándar probatorio exigido a nivel procesal para emitir una orden de arresto resulta del Art. 58.1 a) del Estatuto de la CPI. Véase al respecto, con más detalle, BURGHARDT/GENEUSS*, supra* nota 10, p. 137 y s.

[47] CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 214 y ss.

[48] CPI, decisión de 4 de marzo de 2009 (Al Bashir, PTC), parág. 223.

4. La combinación de autoría mediata y co-autoría –¿un progreso o una senda equivocada?

¿Cómo deben valorarse las afirmaciones de la Corte Penal Internacional acerca de la *indirect co-perpetration* desde la perspectiva de la dogmática jurídico penal alemana? ¿Se trata de un desarrollo coherente de las teorías de la autoría mediata y de la co-autoría, que también es digno de atención para el derecho penal alemán? ¿O la jurisprudencia internacional se ha adentrado por una senda equivocada, de modo que no cabe una "re-importación" al derecho penal alemán?

En primer lugar, hay que constatar que se dan significativas diferencias entre los dos casos que la Corte Penal Internacional ha tratado bajo la *indirect co-perpetration*. Solo para la constelación tratada en el proceso contra *Katanga* y *Chui*, la denominación "*indirect co-perpetration*", traducida al alemán entonces como "*mittelbare Mittäterschaft*" ("co-autoría mediata"), es acertada (sobre ello, *A)*). La segunda constelación, que está en la base del caso *Al Bashir*, se puede designar de forma más apropiada como una autoría mediata en co-autoría (*mittelbare Täterschaft in Mittäterschaft*) o autoría mediata a título de co-autores (*mittäterschaftliche mittelbare Täterschaft*) (sobre ello, *B)*).

A) Co-autoría mediata

En el caso de los hechos tratados en el proceso contra *Katanga* y *Chui*, no se trata de una forma de autoría mediata, sino de una variante de la co-autoría. Una imputación de todo el acontecer delictivo en virtud de autoría mediata no viene al caso, porque de este modo solo pueden imputarse las contribuciones del instrumento respecto de las cuales el autor mediato ejerce dominio del hecho[49]. Pero lo característico de los hechos del caso es justamente que hay dos estructuras jerárquicas diversas que, respectivamente, solo uno de los dos acusados domina con independencia del otro.

La fundamentación de una responsabilidad por el suceso completo en calidad de autor, entonces, solo puede lograrse de conformidad con los principios básicos de la co-autoría, es decir, en caso de una recíproca imputación de las contribuciones al hecho ajenas. Y efectivamente se dan los presupuestos de la coautoría, de acuerdo con las circunstancias de hecho presentes. Sobre la base de un plan común *Katanga*

[49] Las siguientes afirmaciones se formulan sobre la base de la teoría del dominio del hecho, punto de partida que es "absolutamente dominante en la literatura", cfr. SCHÜNEMANN, *supra* nota 16, § 25 número marginal 7. Sobre las diversas manifestaciones de la teoría del dominio del hecho véase SCHILD, *Tatherrschaftslehren* (2009). Además, las reflexiones se limitan en gran medida a casos de autoría mediata a través de domino por organización en virtud de aparatos organizados de poder. También es imaginable, desde luego, que la autoría mediata se fundamente en el marco de una co-autoría mediata por dominio en virtud de error o de coacción.

y *Chui* producen su contribución a la ejecución del crimen, cada uno por medio del aparato organizado de poder que dirige. El necesario dominio funcional del hecho[50] respecto del suceso total imputado, resulta de la equivalencia en grado de las contribuciones para el logro del plan común. El que las contribuciones al hecho de *Katanga* y *Chui* no sean realizadas de propia mano, sino a través de ejecutores dirigidos por ellos "como instrumentos", desde una perspectiva valorativa no puede hacer diferencia alguna. Tampoco entra en consideración la objeción, planteada en el caso del jefe de la banda, de que no se da un dominio de la voluntad porque falta una contribución al hecho en la fase ejecutiva[51]: dado que a todo coautor se imputa el actuar de sus instrumentos, entonces sin duda que hay una contribución propia al hecho, en fase ejecutiva. Si además se dan los requisitos subjetivos de la coautoría no hay obstáculo alguno para una imputación de las contribuciones del co-autor. Las contribuciones del co-autor abarcan no solo su propio comportamiento sino, justamente, también el que se le imputa por medio de una autoría mediata en virtud de dominio por organización[52].

Complementando, para dar mayor claridad y circunscribir estas afirmaciones: solo es posible hablar de un dominio funcional del hecho sobre el suceso total cuando, no solo las personas de atrás sino también los instrumentos, colaboran entre sí. Solo en tal constelación existe una ejecución conjunta del hecho, que se compone de las contribuciones al hecho de los co-autores, relacionadas todas entre sí. En el caso *Katanga* y *Chui* el hecho conjuntamente cometido es el ataque coordinado al pueblo de Bogoro. En cambio, no sería suficiente si el plan común solo hubiese considerado la comisión separada de crímenes a través de sendas estructuras organizadas de poder, o sea, si *Katanga* y *Chui*, por ejemplo, hubiesen acordado que la FRPI, bajo las órdenes de *Katanga*, debía asaltar el pueblo X, mientras que el FNI, sometido a *Chui*, el pueblo Y. A falta de una contribución de cada uno, respectivamente, a la ejecución del hecho por parte del aparato de poder del otro, no entraría en consideración en este caso una imputación en virtud de co-autoría mediata.

---

[50] Sobre el dominio funcional del hecho como presupuesto de la co-autoría, véase ROXIN, *supra* nota 24, p. 275 y ss., p. 719 y ss.; SCHÜNEMANN, *supra* nota 16, § 25 número marginal 156 y ss., con más referencias.

[51] Es sabido que gran parte de la doctrina exige, como presupuesto de la co-autoría, una contribución en la fase ejecutiva, cfr., por ejemplo, HERZBERG, Mittäterschaft durch Mitvorbereitung: eine actio communis in causa?, en: *JZ* 1991, 856, p. 859 y ss.; ROXIN, *supra* nota 24, p. 292-305; SCHÜNEMANN, *supra* nota 16, § 25 número marginal 182 y ss. De otra opinión es la jurisprudencia, cfr., por ejemplo, BGHSt 11, 268, 271; BGHSt 14, 128 y s.; BGHSt 16, 12; BGHSt 28, 346, 347 y s.; BGHSt 37, 289; BGHSt 39, 381, 386.

[52] Si acaso, luego, en lo que respecta a los tipos penales realizados, se trata o no de un caso de co-autoría aditiva, no tiene importancia ni requiere entonces ser esclarecido judicialmente. Sobre la co-autoría aditiva cfr. BLOY, *supra* nota 34, p. 372 y ss.

La distinción conceptual entre la co-autoría mediata y la co-autoría común y corriente es útil. Ella deja en claro que a lo menos un co-autor produce su contribución al hecho, no de propia mano, sino a través de un instrumento. La clasificación de los hechos relevantes como casos de co-autoría mediata resulta de la aplicación de los principios generalmente reconocidos de la co-autoría y de la autoría mediata a una situación fáctica que hasta ahora no ha sido considerada en la discusión alemana. Los principios de la co-autoría conducen a una imputación recíproca de las contribuciones al hecho producidas (de forma mediata o inmediata). La jurisprudencia de la Corte Penal Internacional debe entenderse, por tanto, como un desarrollo consecuente de principios de la dogmática jurídico penal alemana que sirven de guía para la praxis, y su "re-importación" es recomendable: la posibilidad de una co-autoría mediata también debe reconocerse para el derecho penal alemán.

B) Autoría mediata en co-autoría

Los acontecimientos tratados en el caso *Al Bashir* coinciden, en sus rasgos esenciales, con los de los procesos seguidos en contra de miembros del Consejo de Defensa Nacional de la RDA y del Politburó del Partido Socialista Unificado de Alemania (SED)[53]. Lo característico de los hechos relevantes es que el dominio del hecho o control sobre el o los ejecutores es ejercido por varias personas colaborando de forma asociada. Formulándolo de otra manera: el sujeto conductor, que ejerce el dominio por organización, es un colectivo, no una persona individual. Esta singularidad, si se le compara con los casos de autoría mediata en que normalmente se piensa, es solo mencionada en casos puntuales por parte de la jurisprudencia y la doctrina[54], pero no es tratada en detalle[55]. En la autoría mediata

53 Ambos procesos están documentados en detalle en MARXEN/WERLE (editores), *Strafjustiz und DDR-Unrecht, V. 2/2, Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze* (2002), p. 499 y ss. (Nationaler Verteidigungsrat), p. 643 y ss. (Politbüro).

54 En la jurisprudencia, cfr., por ejemplo, LG Berlin, sentencia de 25 de agosto de 1997 (Krenz u.a.), reproducido en: MARXEN/WERLE, *supra* nota 53, p. 643, p. 877 y s. ROXIN, en: *JZ* 1995, p. 52, en su comentario de la sentencia del BGH en el proceso en contra del Consejo de Seguridad Nacional, habla de "mittäterschaftliche[r] mittelbare[r] Täterschaft"; GROPP, en: *JuS* 1996, p. 13 y ss., de "[m]ittelbare[n] Mit-Täter[n] hinter den Tätern". Cfr. también BLOY, Grenzen der Täterschaft bei fremdhändiger Tatausführung, en: *GA* 1996, 424, p. 439 y s., quien explica este caso con la doctrina japonesa de la co-autoría del *kyobo kyodo seihan*. Sobre esto último OHNO, Das Kernproblem der Teilnahmelehre in Japan, en: Dornseifer et al. (editores), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann* (1989), p. 691 y ss.

55 La discusión se ha circunscrito, más bien, exclusivamente al correcto tratamiento dogmático de la relación entre los "hombres de atrás" y los ejecutores directos. Cfr., por ejemplo, SCHLÖSSER, *supra* nota 35, *Soziale Tatherrschaft*, p. 340 y s., quien habla entonces, incluso de forma explícita, de una relación de exclusión entre la autoría mediata y la co-autoría. En ello puede haber jugado nuevamente un rol la orientación de la dogmática jurídico penal alemana hacia el autor individual, como el caso normal de criminalidad en el que se piensa. Nótese en todo caso que, en el tratamiento dado a la

en virtud de dominio por organización[56] el caso se presenta cada vez que en la cúspide del aparato de poder no se encuentra una persona individual sino un órgano colegiado y, con ello, una pluralidad de personas. Es posible hablar de dominio por organización de un órgano colegiado cuando las decisiones adoptadas conjuntamente al interior del aparato de poder son vinculantes. El comportamiento que fundamenta la autoría de cada miembro del órgano directivo consiste, entonces, en su contribución a la adopción del acuerdo colegiado. Para la fundamentación de una autoría mediata, no es necesaria una ulterior actividad en la implementación de la decisión porque, de acuerdo con el modo de funcionamiento del aparato de poder, el acuerdo colegiado ya determina, en gran medida, la propia implementación. En aquella parte destinada a afirmar que *Al Bashir* habría jugado dentro del órgano decisorio un rol determinante en la elaboración o, en su caso, en la supervigilancia de la implementación de la decisión, las declaraciones de la Corte Penal Internacional no eran necesarias.

También es útil distinguir conceptualmente la autoría mediata en co-autoría de los casos "clásicos" de autoría mediata. Con esta distinción se pone de relieve la fenomenología del comportamiento en que se basa la imputación, que se caracteriza por el hecho de que varias personas obran conjuntamente de forma cooperativa. La autoría mediata en la co-autoría produce una ampliación de la imputación a título de autor: como el acusado individual justamente no puede ejercer dominio por organización por sí solo, su comportamiento solo puede tratarse como una autoría mediata si complementariamente es posible una imputación de las contribuciones al hecho realizadas por otros miembros del órgano directivo y, de ese modo, se configura un dominio funcional del hecho en virtud de dominio por organización ejercido conjuntamente[57].

5. Síntesis y conclusión

La forma de comisión a título de autor que la Corte Penal Internacional denomina "*indirect co-perpetration*" combina autoría mediata y co-autoría. Es posible distinguir dos configuraciones: por una parte, la co-autoría mediata, que puede ser entendida como una forma modificada de la co-autoría, y que abarca casos en los que a lo menos un co-autor realiza la contribución al hecho que tiene planificada, a través de un instrumento que él domina; por otra parte, la autoría mediata en co-autoría,

---

autoría mediata en virtud de dominio de la voluntad a través de estructuras organizadas de poder, generalmente se habla de *un* "hombre de atrás".

[56] Pero también son imaginables casos de autoría mediata en virtud de dominio por coacción o en virtud de dominio por error, en co-autoría; cfr. por todos el caso, que ha alcanzado la fama por su denominación "*Katzenkönig*" ("rey gato"), BGHSt 35, 347 y ss.

[57] *Roxin* pasa por alto este aspecto cuando afirma que los miembros del Consejo de Seguridad Nacional habrían obrado conjuntamente como co-autores, pero que ello no haría ninguna diferencia en el resultado, ROXIN, *supra* nota 54, p. 52.

que, entendida como una ampliación de la autoría mediata por medio de la incorporación de elementos de la co-autoría, cubre casos en los que el dominio del hecho a través del instrumento se ejerce por varias personas conjuntamente. En la primera hipótesis (co-autoría mediata) se aplican con razón principios de la autoría mediata y de la co-autoría reconocidos en el derecho penal alemán. La segunda (autoría mediata en co-autoría) le resulta familiar al penalista alemán a partir de los procesos en contra de miembros del Consejo de Seguridad Nacional de la RDA y del Politburó del SED. Los principios que fueron decisivos en esos casos son consecuentemente trasladados por la Corte Penal Internacional a los hechos sometidos a su consideración (*Al Bashir*).

En una primera consideración evaluativa, la fundamentación de responsabilidad a título de autor convence tanto para el caso de la co-autoría mediata como para el de la autoría mediata en co-autoría. Y es que no queda nada claro por qué el autor mediato debería poder librarse por haberse servido, para la ejecución de su contribución al hecho, de un instrumento que él dominaba; y tan poco convincente como ello resultaría que, en el caso de la autoría mediata en co-autoría, se conceda un privilegio a quien en el nivel directivo ha participado en la génesis de la decisión que determinó la comisión del crimen, simplemente porque dicha decisión se ha adoptado en un órgano colectivo.

Estas consideraciones aún representan, forzosamente, solo un bosquejo y no pretenden agotar la cuestión. Deberían bastar, con todo, para avivar la curiosidad de la ciencia jurídico penal alemana. Los casos del derecho penal internacional ofrecen un interesante material, que se presta muy bien para un agudo examen por parte de la dogmática jurídico penal.

Homenajes

XVII. Winfried Hassemer: un discrepante a favor de las libertades. (17.02.1940 – 9.01.2014)

John Zuluaga

1. El profesor Hassemer fue un pensador preocupado por advertir los peligros de un Derecho penal libre de las ataduras del Estado de derecho. Su reserva y su precaución frente a los agudos y sensibles instrumentos del Derecho penal los sintetizó en el concepto de "formalización del control social" (*Formalisierung der sozialen Kontrolle*), clave importante para discutir en torno a la justificación del derecho penal.

Se destacan dos momentos en la concepción de su metodología de análisis. Por un lado, su trabajo de habilitación –"Teoría y sociología del delito (1992)"– visibilizó la apertura de sus reflexiones sobre el Derecho penal desde una perspectiva sociológica. Por otro lado, durante su carrera como Catedrático en la Johann Wolfgang Goethe-Univertsität de Frankfurt, desarrolló muchos de sus planteamientos teórico-penales bajo la forma de un Derecho penal constitucional, en uno y en otro caso, subrayando siempre la importancia de las clásicas categorías limitadoras del Derecho penal como, por ejemplo, el principio de culpa en el contexto de una discusión orientada por la proporcionalidad y el respeto de los derechos fundamentales. *Herzog* y *Neumann*[1] logran una síntesis de las características fundamentales del pensamiento de Hassemer:

---

[1] Ulfrid NEUMANN/ Felix HERZOG (eds.), *Festschrift für Windrief Hassemer: zum 70. Geburtstag am 17. Februar 2010,* Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2010, p. IX s.

"- Inamovible de la crítica fundamental del abolicionismo y discrepante frente a las indicaciones estrictas de la criminología crítica referidas al sufrimiento traído por el sistema de justicia criminal;

- Distante frente a un paternalismo terapéutico irreflexivo aparentemente progresista en la ejecución de la pena;

- No perturbado por la colocación del Derecho penal como un lado oscuro del poder llevada a cabo por Foucault y sus discípulos;

- Claramente distanciado del funcionalismo teórico penal y frente al racionamiento instrumental en cuestiones de política criminal;

- De arraigo definido en la creencia sobre lo indisponible y la determinabilidad del Derecho penal, lo que en su ejecución refleja un injusto flagrante;

- Claro en la defensa del fundamento liberal del Derecho procesal penal al frente de la ´contrarreforma´;

- Decidido por un Derecho penal vinculado a la protección del bien jurídico, en el que se preserve el principio de *ultima rati*o y el principio *in dubio pro libertate* y que, por ende, es proporcionalmente justo." (*Traducción propia*)

2. A pesar de su importante carrera académica, fue mucho más visible para la opinión pública como Magistrado del Tribunal Constitucional alemán con sede en Karlsruhe. Allí prestó sus servicios desde 1996, siendo su Vicepresidente hasta el 2008, momento en el que cerró su período en dicho Tribunal. En su paso por el Tribunal Constitucional alemán dejó constancia de la importancia de reflexionar sobre el Derecho penal y el proceso penal, más allá de cada detalle de teoría y práctica, por medio de preguntas fundamentales como ¿para qué el Derecho penal? De manera especial se pueden mencionar algunas sentencias que dejan una gran constancia de sus reflexiones. Por un lado, su aislada posición contra la punibilidad del incesto (*Inzestverbot*)[2] que se dio al final de su periodo en el Tribunal Constitucional. En esa ocasión se opuso por medio de un voto disidente, con el que demostró exhaustivamente por qué la prohibición de incesto era inconstitucional desde el punto de vista de los fines del Derecho penal y del principio de proporcionalidad. Hassemer sustentó por qué no hay violación de un bien jurídico cuando se trata de una relación voluntaria y por ello entendía que se

[2] Bundesverfassungsgericht (BVerfG), 2 BvR 392/07, de 26.02.2008. La sentencia se encuentra disponible en
http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080226_2bvr039207.html.

trataba de un tipo inconstitucional. Por otro lado, la sentencia relativa a los allanamientos en los casos de peligro por la demora (*Wohnungsdurchsuchungen in Fällen von Gefahr im Verzug*)[3]. La facultad policial de ejercer un allanamiento sin orden judicial previa, que el Código procesal penal alemán prevé como excepción en casos de "peligro por la demora", en la Alemania de los años 90 se había convertido en regla. Hassemer reiteró la importancia de la reserva judicial y orientó a una interpretación estricta del peligro en la demora (Art. 13 (2) GG). Esta posición fue un soporte fundamental para que el Tribunal Constitucional alemán declarara en el año 2001 como inconstitucional el tratamiento laxo de la reserva judicial. Asimismo, la sentencia sobre la interceptación satelital de supuestos autores de hechos punibles por medio de GPS (*satellitengestützte Überwachung*)[4]. En esta sentencia se determinó que con la introducción de modernos métodos de investigación, los órganos de investigación penal tienen que atender altas exigencias procesales y tener especial consideración del peligro potencial "aditivo" inherente a la intervención en derechos fundamentales.

También deben ser mencionados dos fallos relevantes en los que abordó diferentes temas sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario. Primero, la sentencia sobre el Caso Görgülü (*Rechtssache Görgülü*)[5], en la que encausó la discusión sobre los fundamentos metodológicos para la consideración de la Convención Europea de Derechos Humanos en el marco del ordenamiento jurídico alemán. Segundo, en su último acto oficial antes de dejar el servicio en el Tribunal Constitucional, la sentencia acerca del uso de los aviones AWACS, durante la guerra de Irak en 2003 (*Einsatz deutscher Soldaten in AWACS-Flugzeugen der NATO*)[6], en la se restringió la competencia de decisión militar del Ejecutivo y se reiteró la importancia de discusión parlamentaria para la decisión de intervenciones militares en conflictos internacionales.

3. Fue elogiado con múltiples títulos Honoris Causa[7] y el reconocimiento a su trayectoria tuvo una escala global. En 2008 recibió la *Große Verdienstkreuz mit Stern und Schulterband* por parte de la República Federal de Alemania y asimismo la *Wilhelm-Leuschner-Medaille*, el reconocimiento más importante que se entrega en el Estado de Hessen (Alemania). Después de su fallecimiento, uno de los mejores

---

[3] BVerfG, 2 BvR 1440/00, de 20.02.2001. La sentencia se encuentra disponible en http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20010220_2bvr144400.html.

[4] BVerfG, 2 BvR 581/01, de 12.04.2005. La sentencia se encuentra disponible en http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20050412_2bvr058101.html.

[5] BVerfG, 2 BvR 1481/04, de 14.10.2004. La sentencia se encuentra disponible en http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html.

[6] BVerfG, 2 BvR 1/03, de 07.05.2004. La sentencia se encuentra disponible en http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/es20080507_2bve000103.html.

[7] BVerfG, Pressemitteilung Nr. 1/2014 vom 10. Januar 2014. El comunicado de prensa puede ser consultado en http://www.bundesverfassungsgericht.de/pressemitteilungen/bvg14-001.html.

reconocimientos que se podría realizar en memoria de Hassemer pasa por la continuidad en el planteamiento de preguntas directamente relacionadas sobre el sentido y fin del Derecho penal y de la pena. En tiempos de vigilancia aparentemente absoluta (e.g. NSA) y de narrativas políticas que invocan concepciones absolutas de valores constitucionales (e.g. seguridad, paz, justicia), vale recordar la razón imperturbable de Hassemer y su lucha tenaz por las libertades de los ciudadanos frente al poder estatal.

XVIII. En memoria de Horst Schüler-Springorum (15.10.1928 – 5.9.2015). Una necrología personal*

Kai Ambos

El Prof. *Schüler-Springorum* falleció el 5 de septiembre de 2015 en Berlín. Fue Catedrático [NdeT] de derecho penal y criminología en Gotinga, Hamburgo y Múnich, donde trabajó hasta su jubilación en el año de 1993. Perteneció desde mediados de la década de 1960 al círculo de profesores alternativos, desde 1968 fue el primer Presidente de la Asociación Alemana para la Justicia Juvenil e influyó de manera significativa en la reforma al derecho penitenciario con su innovador trabajo de Habilitación sobre "la ejecución de la pena en la transición" (Gotinga 1969) y como miembro de la Comisión para la ejecución de la pena (1967 a 1971). Él no sólo ha influido significativamente la discusión alemana, sino también el debate internacional, especialmente en el ámbito de la justicia juvenil, el derecho penitenciario y la Criminología. Todo eso ya ha sido descrito en detalle en otro lugar y aquí no se le puede añadir nada.[1] Ahora se trata de abordar principalmente el lado humano de *Schüler-Springorum,* el cual ha impresionado y, quizás también, marcado a muchos de nosotros, incluso más que su propia obra académica.

---

* Traducción del alemán por John Zuluaga. (Original: "Horst Schüler-Springorum (15.10.1928-5.9.2015) zum Gedenken. Ein persönlicher Nachruf", en *ZIS* 11/2015, p. 572).

[NdeT] El término Catedrático, de frecuente uso en España, es equivalente al de Profesor Ordinario (*ordentlicher Professor*) que en Alemania representa la posición académica más alta.

[1] Cfr. Albrecht/Ehlers/Lamott/Pfeiffer/Schwind/Walter, Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag, 1993, p. V; *Lamott*, MSchrKrim 92 (2009), p. 1; notablemente *Prantl*, Süddeutsche Zeitung v. 12./13.9.2015.

Cuando yo visité la oficina de *Horst Schüler-Springorum* en la primavera de 1990 en la *Vetrinärstrasse* de la ciudad de Múnich (donde en ese momento fue Catedrático), inmediatamente después de haber concluido el primer examen estatal, con el propósito de obtener su supervisión como director de una tesis doctoral, no tenía nada que mostrar salvo un examen relativamente aceptable y quizás un interesante tema. Tampoco conocía a *Schüler-Springorum* a partir de sus actividades docentes. A pesar de ello, me tomó en serio y me aceptó sin contemplaciones como doctorando; probablemente el tema le interesó. Yo estuve en ese entonces lejos de Múnich y de Alemania y entregue mi trabajo a *Schüler-Springorum* después de unos dos años[NdeT] – entretanto con un seminario doctoral conjunto y algunas conversaciones (telefónicas) –. Esto no representó ningún problema para él. Corrigió el trabajo de forma meticulosa – inclusive los aspectos relativos a la ortografía y puntuación – y en un corto período de tiempo, de tal manera que pude rendir de forma relativamente rápida el examen oral de doctorado (*Rigorosum*). También ahí demostró ser un extraordinario evaluador justo.

Pero eso no fue todo: *Schüler-Springorum* me ha abierto los ojos a la ciencia y allanó el camino para mi carrera académica. Después de su retiro, me ha recomendado a su colega en Múnich *Klaus Volk* como asesor del trabajo de Habilitación[NdeT] y por supuesto también habló con *Claus Roxin* sobre mis avances. A pesar de que con esto había entregado formalmente la tutoría académica, se continuó interesando por mi trabajo y tuve la oportunidad de preguntarle por recomendaciones en más de una ocasión. Recuerdo aún muy bien una visita a su propia casa en la *Pflegerstraße* en Múnich, donde discutió conmigo en detalle la estructura mi tesis de habilitación y me dio importantes indicaciones para la abreviación de algunos apartes.

Cuando a mediados de los años 90 nos visitó en Friburgo, mi esposa organizó la mesa y preparó una pequeña cena para él. Nuestra hija Lara, que para aquel entonces tenía cuatro años, al ver nuestros preparativos lo calificó como "rey del *Sabbat*", pero ella no conocía a *Horst Schüler-Springorum*. Él llegó sin ninguna expectativa, lleno de modestia y con un profundo agradecimiento por la mesa y la

---

[NdeT] La versión original en alemán fue publicada por el Instituto Max Planck para derecho penal extranjero e internacional: Die Drogenkontrolle und ihre Probleme in Kolumbien, Perú und Bolivien: eine kriminologische Untersuchung aus Sicht der Anbauländer unter besonderer Berücksichtigung der Drogengesetzgebung, Freiburg i. Br., Max-Planck-Inst. für ausländisches und internat. Strafrecht, 1993; Una versión resumida al español fue publicada por la Editorial Jurídica Gustavo Ibáñez: Control de Drogas: política y legislación en América Latina, EE.UU. y Europa; eficacia y alternativas, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998.

[NdeT] El trabajo de habilitación se realiza después de un doctorado y es la distinción académica más alta que una persona puede alcanzar en el sistema universitario alemán. La habilitación otorga la potestad para dar clases (*Vorlesung*) en las áreas donde el candidato fue "habilitado" e incluye el derecho de supervisar a doctorandos. La persona habilitada recibe el título de *Privatdozent* (PD o Priv.-Doz.), con el cual es posible postular para una cátedra (*Lehrstuhl*) en una facultad de derecho. Si el PD gana la cátedra pasa a ser Prof. catedrático (*ordentlicher Professor*).

pequeña comida; así que no se comportó como algún rey. Mi esposa me ha hecho recordar por estos días, con motivo de su fallecimiento, de esta visita y de lo impresionados que estuvimos por la modestia y profunda gratitud de *Schüler-Springorum*.

Así era *Horst Schüler-Springorum*: un profesor maravilloso, en el que el elemento humano siempre se situó en el primer plano y que pudo perdonar de forma magnánima a sus discípulos de casi todos sus pasos en falso. Él vivió de cierta manera con sus discípulos la diversión del derecho penal juvenil por él predicada. Él fue un ser humano en el que las cosas y no él mismo eran el centro de interés, que sabía retractarse y también cumplir sus deberes justo a tiempo. Así fue que entregó poco después de su retiro a *Hans-Jörg Albrecht* la dirección editorial de la revista mensual de criminología y reforma penal (*Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*), que ocupó desde 1972 hasta 1997. Un hombre que, a pesar de su gran popularidad y reputación, se mantuvo siempre sorprendentemente sencillo y modesto, que tenía un gran sentido del derecho y la justicia y para el que con su labor científica siempre y ante todo el ser humano estuvo en el centro. Su proyecto programático de una "política criminal para personas" (Frankfurt 1991) ofrece un testimonio elocuente. Con *Schüler-Springorum* pierde la ciencia penal alemana e internacional no sólo un destacado científico, sino ante todo una maravillosa persona. Nos hace falta.

Lista de Autores

Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Jörg Albrecht, Director del Instituto Max-Planck para derecho penal extranjero e internacional en Freiburg. Profesor Honorario y miembro de la Facultad de Derecho de la Universidad de Freiburg.

RiLG Prof. Dr. Dr. h.c. Kai Ambos, Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg-August-Universität Göttingen y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la misma Universidad. Juez del Tribunal Provincial de Göttingen.

Prof. Dra. María Laura Böhm, Profesora Adjunta (titular cátedra libre DAAD) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesora regular del Programa Doctoral de la Universidad San Carlos de Guatemala.

Prof. Dr. Christoph Burchard LL.M. (NYU), Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho comparado y Teoría del Derecho en la Goethe Universität Frankfurt am Main.

Dr. Boris Burghardt, Docente, asistente de investigación y habilitante en la cátedra de Derecho Penal, Derecho Penal Internacional, Derecho Procesal Penal e Historia del Derecho del Prof. Gerhard Werle en la Humboldt Universität zu Berlin

Prof. Dr. Thomas Duve, Director del Instituto Max Planck para la Historia del Derecho Europeo y Profesor de la Goethe Universität Frankfurt am Main (Alemania). Editor de la revista Rechtsgeschichte, co-editor de forum historiae iuris y del Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas.

Prof. Dr. Dr. h.c. Wolfgang Frisch, Catedrático (em.) de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Freiburg; Director del Instituto para Derecho Penal y Teoría del Derecho de la misma Universidad.

Prof. Dr. Luís Greco, Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía de Derecho de la Universität Augsburg. Miembro del Consejo Científico del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität de Göttingen.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs, Catedrático (em.) de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Miembro ordinario de la Academia de Ciencias de Westfalia del Norte y miembro correspondiente de la Academia Bávara de Ciencia (Alemania).

Prof. Dr. Uwe Murmann, Catedrático de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Georg-August-Universität Göttingen.

Prof. Dr. Cornelius Prittwitz, Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Criminología y Filosofía del Derecho en la Goethe Universität Frankfurt am Main.

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Claus Roxin, Catedrático (em.) de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Ludwig-Maximilian de München. Acreedor de casi una veintena de Doctorados Honoris Causa y reconocimientos académicos.

Prof. Dr. Dr. h.c. Fritz Sack, Catedrático (em.) de Criminología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Hamburg.

Prof. Dr. Helmut Satzger, Catedrático de Derecho Penal, Derecho Penal Internacional y Derecho Penal Europeo y Derecho Penal Económico en la Universidad Ludwig-Maximilian de München. Actualmente es vicedecano de estudios ("*Studiendekan*") de la Facultad de derecho de la misma Universidad.

Prof. Dr. Sebastian Scheerer, Catedrático de Criminología en la Universidad de Hamburg. Director del Instituto para Criminología e Investigacción Social de la misma Universidad.

Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Volk, Catedrático (em.) de Derecho Penal, Derecho Penal Económico y Derecho Procesal Penal en la Ludwig-Maximilians-Universität München.

Prof. Dr. Gerhard Werle, Catedrático de Derecho Penal, Derecho Penal Internacional, Derecho Procesal Penal e Historia del Derecho en la Humboldt Universität zu Berlin.

John Zuluaga LL.M., Doctorando, miembro fundador e investigador adscripto al Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen. Profesor de tiempo completo de la Universidad de Medellín (Colombia) a partir del 01.07.2016.

En este libro presentamos los textos cuya autoría pertenece a quienes han ofrecido módulos temáticos o clases magistrales en la Segunda y en la Tercera Escuela de Verano desarrollada por el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano (CEDPAL) de la Georg-August-Universität Göttingen. Los aportes se han agrupado de acuerdo a dos únicas categorías: En la primera parte, titulada *Ciencias criminales en y desde Alemania*, se ubican textos escritos desde la teoría, normativa y jurisprudencia alemanas, dedicados específicamente a problemáticas de este contexto. En la segunda parte, denominada *Ciencias criminales: diálogos entre Alemania y el resto del mundo*, se agrupan aquellos trabajos en los que las ciencias criminales si bien son trabajadas desde el contexto alemán tienen por objeto las interrelaciones culturales e internacionales y el diálogo entre distintas tradiciones jurídico-penales. Finalmente, se destacan dos breves homenajes dedicados a los Profesores *Winfried Hassemer* y *Horst Schüler-Springorum*. Tanto la compilación presentada, como la estructura a partir de la cual se desarrolla la misma, reflejan de forma certera el espíritu de la Escuela de Verano, pensada tanto para difundir el estado actual de las ciencias criminales alemanas, como para construir un puente de intercambio y apertura académica con juristas hispano- y lusoparlantes.



ISBN: 978-3-86395-255-6
ISSN: 2366-7788

Universitätsverlag Göttingen